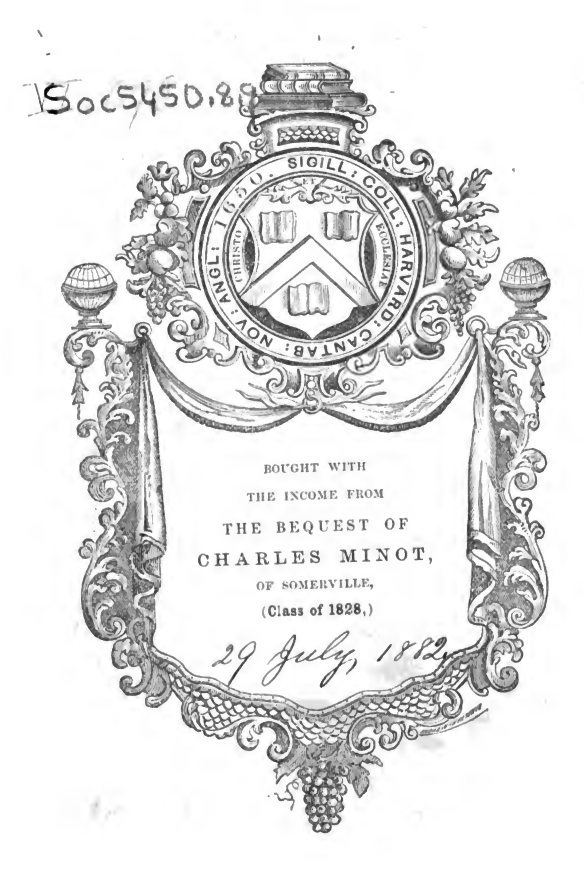
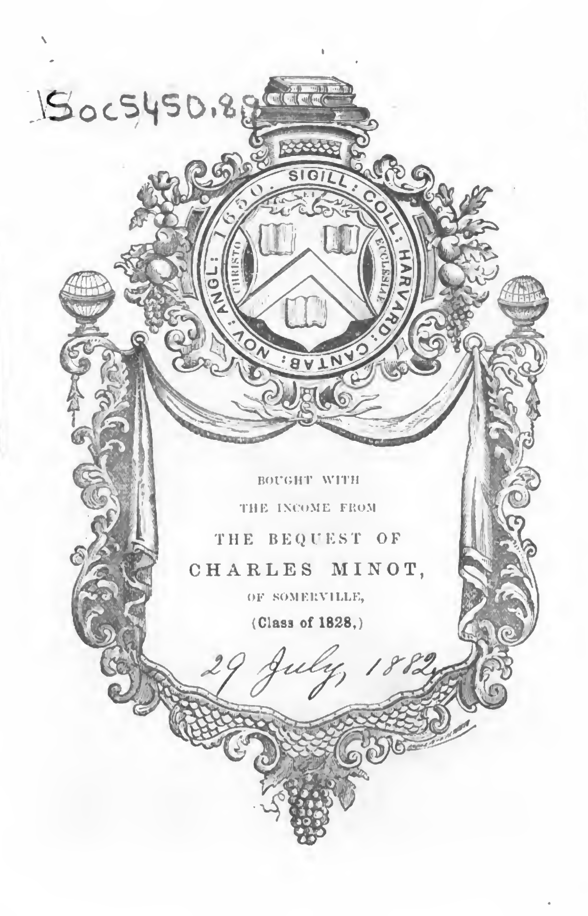
TRAUUNG UND VERLOBUNG

Rudolf Sohm




SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
BOUGHT WITH
THE INCOME FROM
THE BEQUEST OF
CHARLES MINOT,
OF SOMERVILLE,
(Class of 1828,)
29 July, 1882


Soc 5450.89
SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
BOUGHT WITH
THE INCOME FROM
THE BEQUEST OF
CHARLES MINOT,
OF SOMERVILLE,
(Class of 1828.)
29 July, 1882.

Trauung und Verlobung.

Eine Entgegnung

auf

Friedberg: Verlobung und Trauung.

Von

Rudolph Sohm.



Weimar,

Hermann Böhlau.

1876.

1882, July 29.
Minot fund.

Vorrede.

Auf meine Arbeit: Das Recht der Eheschliessung aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt; eine Antwort auf die Frage nach dem Verhältniss der kirchlichen Trauung zur Civilehe, Weimar 1875, hat FRIEDBERG eine »Kritik« folgen lassen:

> EMIL FRIEDBERG, Verlobung und Trauung, zugleich als Kritik von Sohm: das Recht der Eheschliessung, Leipzig 1876, 78 Seiten.

Für mich persönlich bedurfte es keiner besonderen Abwehr, aber um der Sache willen habe ich mich zu einer Entgegnung entschlossen, natürlich nur auf den sachlichen Theil der FRIEDBERG'schen Ausführungen. Meine Absicht ist nicht auf eine Kritik der genannten Arbeit gerichtet, — denn eine Kritik der Kritik ist überhaupt, und insbesondere in diesem Fall unnöthig, — sondern auf eine wiederholte Untersuchung des Gegenstandes selbst.

Die Schrift FRIEDBERG's hat mich davon überzeugt, dass meine frühere Arbeit in manchen Theilen, sowohl was die Breite der quellenmässigen Begründung wie auch, was die klare unmissverständliche Formulirung der Resultate angeht, einer Ergänzung fähig und bedürftig ist, um so mehr, weil sie praktische Interessen berührt und deshalb nicht hoffen darf, auf allen Seiten dem verständnisserleichternden Wohl-

wollen zu begegnen, welches sonst einer wissenschaftlichen Arbeit entgegenzukommen pflegt. Deshalb habe ich es versucht, in der angedeuteten doppelten Richtung meine frühere Arbeit zu vervollständigen.

Einerseits habe ich mir zur Aufgabe gesetzt, das quellenmässige Fundament meiner historischen Anschauungen zugleich tiefer zu legen und breiter zu entfalten. Alle meine Aufstellungen habe ich FRIEDBERG gegenüber unerschüttert aufrecht erhalten können. Eine besondere Sorgfalt habe ich dem canonischen Recht gewidmet, welches zugleich den Schlüssel zum deutschen Recht enthält. Die Aufgabe ist auf diesem Gebiet um so schwieriger, weil hier alle Vorarbeiten fehlen. Von einer Geschichte des canonischen Rechts haben wir bekanntlich noch nicht einmal den Anfang, und die dankenswerthen Arbeiten von MAASSEN und SCHULTE setzen uns soeben erst in den Stand, die Masse der canonischen Quellen einigermaassen übersehen und sichten zu können. Nichtsdestoweniger ergeben sich gerade hier ganz bestimmte Resultate, und halte ich auf Grund der Ausführungen, welche ich im Folgenden vorlege, gerade die Lehre, welche unter allen meinen Aufstellungen am meisten auffallen musste, weil sie mit einer längst festgewurzelten, für unanfechtbar geltenden Anschauung in Widerspruch trat, meine Auffassung nämlich der canonischen Unterscheidung von Sponsalia de praesenti und de futuro, für eins der sichersten Ergebnisse der Rechtsgeschichte.

Nicht minder wichtig ist der andere Theil der Aufgabe: die möglichst präcise Formulirung der gewonnenen Ergebnisse. In der Regel ist gegenseitiges Missverständniss der hauptsächlichste Grund wissenschaftlicher Controverse. Am Schluss habe ich einen besonderen Abschnitt hinzugefügt, dessen Zweck lediglich in der zusammenfassenden und präcisirenden Darstellung der wichtigsten Resultate besteht.

Manches Bedenken, welches nur aus der Uebertragung moderner Vorstellungs- und Ausdrucksweise auf die Ideen einer vergangenen Zeit hervorgegangen ist, wird sich dadurch von selbst beseitigen.

So darf ich als den Hauptzweck der folgenden Blätter die gegenseitige Verständigung bezeichnen, denn es kommt ja in einem solchen wissenschaftlichen Streit, wie er gegenwärtig zugleich um die Geschichte und die heutige Gestalt der Eheschliessung geführt wird, nicht darauf an, sich gegenseitig in steigende Erbitterung zu versetzen, sondern, den gemeinsamen Boden zu finden, auf welchem man wenigstens den Gegner verstehen und seine Argumente von seinem Standpunkt aus begreifen lernt.

Baden-Baden, am 22. April 1876.

Rudolph Sohm.

Inhalt.

Seite

I. Die deutsche Eheschliessung 1

Die eherechtlichen Wirkungen der Verlobung. König Liutprand. — Concurrenz mehrerer Verlöbnisse. — Die deutsche Rechtssprache. — Die Rechtsnothwendigkeit der Verlobung.

II. Das Zeitverhältniss von Verlobung und Trauung . 38

Die formale und öffentliche Verlobung vor der Trauung.

III. Das canonische Recht 58

Die Eheschliessung durch Verlobung bei Roland und Gratian. — Sponsalia de praesenti und de futuro.

IV. Die Reformation 110

Luther und das evangelische Eheschliessungsrecht.

V. Die Civilehe 124

Thatbestand und Rechtskraft des Civilacts. — Wesen und Form der kirchlichen Trauung.

VI. Resultate 139

Eheschliessung und Eigenthumserwerb nach deutschem und modernem Recht.

I.

Die deutsche Eheschliessung.

Die beiden Grundbegriffe des deutschen Eheschliessungsrechts, welche vom Beginn des Mittelalters bis auf heute die Geschichte der Eheschliessung beherrschen, sind die Verlobung (das Eheversprechen) und die Trauung (die Erfüllung des Eheversprechens durch Uebergabe der Braut an den Bräutigam). Der Begriff der Verlobung war schon früher, wenn auch nur in allgemeinen Umrissen bekannt. Den Begriff der Trauung hat FRIEDBERG jetzt durch meine Arbeit kennen gelernt und acceptirt ihn.[1]) Dagegen sucht er das Verhält-

[1]) FRIEDBERG, Verlobung und Trauung. Zugleich als Kritik von Sohm: das Recht der Eheschliessung. Leipzig 1876. S. 11 ff. (Diese Schrift ist gemeint, wenn FRIEDBERG im Folgenden schlechtweg citirt wird.) — Die kritischen Bemerkungen, welche FRIEDBERG an dieser Stelle anzuknüpfen sucht, beruhen auf Missverständniss. S. 13 (ebenso S. 11) verwechselt das Consensrecht der Familienangehörigen mit dem Trauungs-, bezw. Verlobungsrecht. Das Princip der Selbstverlobung und Selbsttrauung wird durch die von FRIEDBERG S. 13 Note 1 angezogenen schweizerischen Zeugnisse (vgl. auch OSENBRUEGGEN Alam. Strafr. S. 293) vielmehr direct dargethan, da hier Verlobung und Trauung ohne der Eltern Willen nur bei unmündigen Kindern als strafbar bezeichnet wird. Dass die Trauung durch den gekorenen Vormund eine Bitte um Trauung, und damit einen Auftrag von Seiten der Braut bezw. des Bräutigams voraussetzt, ist nicht »künstlich construirt« (S. 13), sondern so selbstverständlich, dass wohl noch niemals bis auf den heutigen Tag eine kirchliche Trauung ohne vorheriges Nachsuchen der Trauung vollzogen ist. FRIEDBERG meint, dass »beliebige Dritte«, d. h. gekorene

niss von Verlobung und Trauung anders zu bestimmen als es bei mir geschehen. Ich habe für das deutsche Recht der Verlobung die Rolle des Eheschliessungsvorgangs zugewiesen. FRIEDBERG erklärt (S. 21) die Trauung für die Eheschliessung, aber in nicht sehr klarer Weise »zusammen« mit der Verlobung.

Die Deduction FRIEDBERG's auf S. 16—20 beabsichtigt eine Widerlegung meiner Gründe.

Zunächst handelt es sich um die Thatsache, dass der Treubruch der verlobten Braut unter den Strafen des Ehebruchs steht. Diese Thatsache muss FRIEDBERG einräumen (S. 17), bestreitet aber ihre Beweiskraft, weil angeblich (unter Berufung auf WILDA, Strafrecht S. 811) nach »vielen« Volksrechten, und zwar nach denselben, »welche Sohm für sich anführt,« das Fleischesvergehen auch des unverlobten Mädchens mit der gleichen Strafe bedroht ist. Ich habe mich auf das langobardische, burgundische, westgothische Volksrecht berufen. Hier ist der Ehebruch (und ebenso wird der

---

Trauungsvormünder, »uns fast nur in Gedichten entgegentreten« und daher »deren juristischer Charakter nicht erkennbar ist«. Er vergisst, dass die Trauung durch den Geistlichen ebenso wie die Trauung durch einen gekorenen Laienvormund rechtlich eine Trauung durch einen »beliebigen Dritten« ist, und dass diese doch nicht »fast nur in Gedichten« begègnet. S. 14 wird bestritten, dass sich »ein generelles, überall gleichmässiges Recht« für die Trauung constatiren lasse, obgleich die Trauung durch den Geistlichen und zugleich die durch den gewählten Laienvormund im ganzen Abendlande gleichzeitig auftritt. Alle diese Bemerkungen FRIEDBERG's werden jedoch dadurch erklärt, dass er erst kurze Zeit gehabt hat, sich in Begriff und Geschichte der Trauung hineinzudenken. Auch mit andern Begriffen des deutschen Rechts scheint es ihm nicht viel besser zu gehen, da er S. 13 den Fürsprecher als die Person definirt, welche »ein Verfahren leitet«. Soll übrigens der Fürsprecher FRIEDBERG's, wie es nach der Ausführung auf S. 14 fast scheint, nicht der Fürsprecher des deutschen Rechts, sondern eben nur der trauende »Dritte« sein, so ist seine Erklärung dieser Trauung durch einen Dritten aus dem Institut der »Fürsprecher« selbstverständlich keine Erklärung. In dem Satz S. 14 Zeile 7 ff. unterscheidet FRIEDBERG den Beistand der Parthei (Fürsprecher) nicht von ihrem Stellvertreter (Vormund).

Treubruch der verlobten Braut behandelt) ein Capitalverbrechen: von öffentlichen Rechts wegen tritt Todesstrafe (bei den Westgothen Freiheitsverlust und Vermögensconfiscation) für die Frau (Braut) und ihren Mitschuldigen ein. Das burgundische Volksrecht (tit. 52) referirt uns das Urtheil, welches in einem concreten Fall über den Treubruch einer Braut im burgundischen Königsgericht gesprochen ist, und heisst es hier: ob hoc non aliter tantum crimen tantumque dedecus libertatis quam sanguinis sui effusione debuerat expiare.[2]) Dagegen ist das Fleischesvergehen einer unverheiratheten und unverlobten Tochter von solcher Capitalstrafe frei. Die Burgunder, welche gegen die Untreue der Braut so strenge waren, liessen die einfache Unzucht für den weiblichen Theil straflos ausgehen, während der männliche Theil die einfache Muntbrüche (15 sol.) zahlte; das unverlobte Mädchen schien in solchem Fall durch die »infamia omissi pudoris« hinlänglich gestraft.[3]) Das langobardische Recht schreibt für den weiblichen Theil bei einfacher Unzucht vindicta, d. h. willkürliche Züchtigung (wobei die Tödtung nur als äusserste Gränze zu denken ist) durch die parentes (potestatem habeant parentes in eam dare vindictam), eventuell durch den König, vor (Edict. Roth. 189), das westgothische Recht hat das Tödtungsrecht des Vaters (oder Vormundes) gegenüber der filia in adulterio für den Fall der Ergreifung in handhafter That (Lex Wisig. III, 4, 5. 6). Wie wenig aber in diesen Fällen von einer Pflicht zur Tödtung, also von einer Todesstrafe in dem vorhin entwickelten Sinn die

---

[2]) Trotzdem ist in diesem Fall Begnadigung (durch den König) eingetreten (Strafe des Wergelds anstatt der Todesstrafe), aber mit dem Hinzufügen: jubemus, ut quoscunque similis facti reatus aequaverit, non tam dispendia sustineant facultatum, quam capitis amissione plectantur.

[3]) Lex Burg. 44. 61. Anders liegt der Fall, wenn eine Tochter sich einem Unfreien Preis giebt, Lex Burg. 35, 2: Si vero ingenua puella voluntarie se servo conjunxerit, utrumque jubemus occidi.

Rede ist (wie FRIEDBERG S. 17 Note behaupten möchte), erhellt am Unzweideutigsten daraus, dass beide Volksrechte (Edict. Roth. 189. Lex Wisig. III, 4, 7) als den normalen Ausgang einer solchen Sache die Heirath zwischen der Entehrten und ihrem Verführer ansehen:[4]) die einfache Unzucht ist kein peinliches Verbrechen. Die »vielen« Volksrechte, welche FRIEDBERG für sich anführt, reduciren sich auf ein einziges. Wenn nämlich BONIFACIUS uns recht berichtet (vgl. WILDA Strafrecht S. 811), so hatte das altsächsische Recht allerdings die Gleichstellung des fleischlichen Vergehens der virgo in materna domo und der maritata sub conjuge, und setzte in beiden Fällen Todesstrafe an.[5]) Wie aus dem Vorigen hervorgeht, nimmt das altsächsiche Recht, welches auch sonst als »crudelissima lex Saxonum« bekannt ist und z. B. sogar die blosse Missheirath mit Todesstrafe bedrohte, (die Richtigkeit jener Nachricht vorausgesetzt) auch an dieser Stelle eine Sonderstellung ein, und (da ich überdies das altsächsiche Recht nicht für mich angeführt hatte) ist das Gegentheil von FRIEDBERG's Behauptung richtig, eine Thatsache, welche FRIEDBERG selber nicht entgangen wäre, wenn er es vorgezogen hätte, nicht blos WILDA S. 811, sondern die Quellen zu vergleichen. Der Sprachgebrauch endlich, welchen FRIEDBERG geltend macht, dass nämlich »adulterium« in den alten Volksrechten auch die einfache Unzucht bezeichnet, ist natürlich unerheblich, sobald sich, wie gezeigt, herausstellt, dass das Recht trotzdem den Unterschied gemacht hat. Das

---

[4]) Ebenso Lex Baj. 8, 8, obgleich auch bei den Baiern in solchem Fall das elterliche Züchtigungsrecht (bis zum Tödtungsrecht) bestand, vgl. MERKEL bei PERTZ, Legg. III, p. 299 not. 31.

[5]) Dasselbe erzählt NEOCORUS, Chronik der Dithmarschen (ed. Dahlmann I, S. 96) noch von seiner Zeit, doch erhellt hier deutlich, dass die Tödtung des unkeuschen Mädchens nicht öffentliche Strafe, sondern, wie nach den im Vorigen aufgeführten alten Stammesrechten, nur ein Züchtigungsrecht der Familie bedeutete, auf welches nach Belieben der Familie verzichtet werden konnte.

altdeutsche Recht geht aus von der Unterscheidung des Ehebruchs vom einfachen Fleischesverbrechen, und andererseits von der Gleichstellung des Ehebruchs der Braut mit dem der getrauten Frau. Es bleibt der Satz bei Bestand, dass die Rechtssätze über das eheliche Treuverhältniss auf das Brautverhältniss Anwendung finden.[6])

Der zweite Grund, den ich für meine Behauptung, dass die deutsche Verlobung schon Eheschliessung war, anführe, ist die gleiche Behandlung der Verlöbnissscheidung mit der Ehescheidung. Ich habe selber in meiner Arbeit (S. 77) darauf hingewiesen, dass nach deutschem Recht die Ehe auch nach geschehener Trauung durch Vertrag sowohl wie durch einseitige Kündigung (propter vitium) aufgehoben werden konnte. Dieselben Aufhebungsgründe (Vertrag und motivirte Kündigung) galten auch für das Verlöbniss, und das westgothische Volksrecht hat direct ausgesprochen, dass die Verlöbnissscheidungsgründe mit den Ehescheidungsgründen identisch sind.

Friedberg ist nun der Ansicht (S. 19): von den Ehescheidungsgründen (nach deutschem Recht) »wissen wir so gut wie nichts«. Dieser Satz würde vorsichtiger und richtiger dahin zu fassen sein, dass Friedberg von den deutschen Ehescheidungsgründen so gut wie nichts weiss. Wir sind näm-

---

[6]) Ganz anders im römischen Recht, wo in Folge kaiserlicher Gesetzgebung die Lex Julia de adulteriis nachträglich auch auf die sponsa erstreckt wird, quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur (l. 14, § 3 D. 48, 5), wo also in Folge gesetzgeberischer Reflexion mit vollem Bewusstsein ein andersartiger Thatbestand mit der gleichen Strafe bedroht wird. Im deutschen Recht erscheint die Ehebruchsstrafe für die Braut als aus ursprünglicher, naiver Rechtsüberzeugung hervorgegangen, nicht als ein Bruch, sondern als ein Postulat der Rechtslogik, und bildet sie hier daher, umsomehr weil sie in einer Reihe von Stammesrechten als gleich selbstverständlich auftritt, ein Argument für die vom deutschen Recht angenommene innere Gleichartigkeit der gleich behandelten Thatbestände.

lich über diese Frage so gut unterrichtet, wie wir für einen solchen Fall, wo die Kirche so bald das deutsche Recht erstickte, nur wünschen können. Wir erkennen ganz deutlich, dass nur schwere Verletzung der ehelichen Treue (»culpa legitima«) einen rechtlich genügenden Ehescheidungsgrund abgab, bei den Langobarden Ehebruch, unkeuscher Verkehr (der Frau) mit einem Dritten, Lebensnachstellung,[7]) bei den Westgothen nur der Ehebruch,[8]) bei den Burgundern Ehebruch und Zauberei,[9]) bei Alamannen und Baiern ein »vitium«, oder, wie es auch ausgedrückt wird, »crimen«, d. h., wie der Zusammenhang ergiebt, und wie durch die spätere bairische Gesetzgebung bestätigt wird, ein Verbrechen, welches zugleich die weibliche Ehre befleckt, also nur Ehebruch und was dem Ehebruch gleichsteht.[10]) Die aufgeführten Fälle berechtigen den Mann zur Scheidung, der Frau wird nur ausnahmsweise ein Scheidungsrecht zugestanden.[11]) Das deutsche Ehescheidungsrecht war also verhältnissmässig strenge.[12]) Dass das

---

[7]) Edict. Grim. c. 6. 7. Roth. 202. LIUTPR 121. Vgl. OSENBRUEGGEN, Langob. Strafr. S. 104.

[8]) Lex. Wisig III, 6, 2.

[9]) Lex Burg. 34, 3. Maleficium (Giftmischerei) und Sepulcrorum violatio, welche hier neben dem adulterium genannt werden, können wir im Sinne der damaligen Zeit als Zauberei zusammenfassen, und handelt es sich hier wahrscheinlich nur um einen andern Ausdruck für das »in animam mariti tractare« der langobardischen Gesetze.

[10]) Pact. Alam. III, 3. Lex. Alam. Hloth. 53. Lex Baj. 8, 14. 15 TASSILO de pop. leg. c. 17.

[11]) So bei den Westgothen wegen Sodomie des Mannes oder weil er seine Frau dem Ehebruch Preis gegeben, Lex Wis. III, 5, 5. III, 6, 2, bei den Langobarden wegen Lebensnachstellung (unter diesen Gesichtspunkt fällt auch die unbegründete Beschuldigung wegen eines peinlichen Verbrechens) und wegen Preisgebens zum Ehebruch, Edict. Roth. 195—197. — Bei den Franken hob nicht einmal die Friedlosigkeit des Mannes die Ehe auf. Lex. Sal. 56.

[12]) Ebenso WEINHOLD, die deutschen Frauen im Mittelalter S. 306 Note 3: »Eine Scheidung ohne sehr bedeutenden Grund, wofür eine Seelenstimmung nicht gelten mochte, ist für die älteste Zeit allerdings zu leugnen«.

altfränkische Recht von gleichen Grundsätzen ausging, können wir wenigstens aus mittelbaren Quellen entnehmen.[13]) Zum Andern erhellt ganz deutlich, dass die Verlöbnissscheidung unter denselben Rechtssätzen stand. Auch hier galt Scheidung durch Vertrag und ausserdem ein einseitiges Scheidungsrecht aus denselben Gründen, und nur aus denselben Gründen, welche zur Ehescheidung berechtigten. Das westgothische Recht hat, wie schon bemerkt, direct ausgesprochen, dass die Rechtssätze über Ehescheidung auch für Verlöbnissscheidung gelten,[14]) wobei auf der Hand liegt, dass hier an Einfluss römischer Rechtsanschauungen nicht zu denken ist. Bei Alamannen und Baiern konnte wie die Ehe so das Verlöbniss nur wegen eines »crimen« in dem vorhin festgestellten Sinn rechtmässig gekündigt werden.[15]) Bei den Langobarden ist der Versuch, das Verlöbniss einseitig zu lösen, mit der Beschuldigung wegen Ehebruchs identisch,[16]) und es bedurfte einer besondern abändernden gesetzlichen Vorschrift, um ausser in den Ehescheidungsfällen auch in dem Fall, dass die Braut aussätzig, wahnsinnig oder auf beiden Augen blind wurde, die Aufkündigung des Verlöbnisses zu ermöglichen, »quia non suo neclicto dimisit, sed peccatum eminente et

[13]) Vgl. Hinschius in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 20 S. 77 ff. Friedberg, aus deutschen Bussbüchern S. 13. 44. Mit wenig Grund meint Walter, deutsche R. G. § 486: »Bei den Franken waren Scheidungen leicht«, unter Berufung auf Greg. von Tours X, 8 vgl. über diese Stelle weiter unten. Eher möchte man geneigt sein, den Franken ein strengeres Princip zuzuschreiben, da in rein weltlich fränkischen Quellen nur die Scheidung durch beiderseitigen Willen und zwar im Wege gerichtlichen Verfahrens (im Volksgericht, also im weltlichen Gerichte) vorkommt, Rozière Form. 113. 114. Doch führt die Analogie der übrigen Stammesrechte darauf, in den von Hinschius und Friedberg angezogenen geistlichen Quellen eine Hindeutung auf die auch nach altfränkischem Recht zulässige einseitige (motivirte) Ehescheidung zu erblicken.

[14]) Lex. Wis. III, 6, 3.

[15]) Lex Alam. Hloth. 53. Baj. 8, 15.

[16]) Edict. Roth. 179.

egritudine superveniente.«[17]) Dass ebenso auch bei den Franken, falls nicht beide Theile übereinstimmten, das Verlöbniss nur aus schwersten Gründen lösbar war, so dass die Verstossung der Braut direct eine Anklage gegen ihre weibliche Ehre bedeutete, beweist zur Genüge der bekannte Fall König THEODEBERT's, dessen Rücksichtslosigkeit gegen seine rechtmässig verlobte Braut WISIGARDE (Tochter des Langobardenkönigs Wacho), die er sieben Jahre lang, um einer Concubine willen, heimzuführen verschmähte, ein so grober Verstoss schien, dass sein eigner Reichstag sich gegen ihn in Bewegung setzte, um ihn durch seine Vorwürfe zur Heimführung der Braut zu nöthigen.[18])

So erhärtet sich der von mir aufgestellte Satz, dass die Verlöbnissscheidung nach deutschem Recht der Ehescheidung principiell gleichgestellt ist. Nur hat FRIEDBERG mit Recht darauf aufmerksam gemacht (S. 19), dass auch bei unbegründeter Verstossung der Ehefrau (und ebenso bei unbegründeter Aufkündigung des Verlöbnisses) das Verhältniss dennoch aufgelöst wurde, also der Erfolg der Aufhebung von Ehe und Verlöbniss im Fall geschehener Aufkündigung von Seiten des Mannes von dem Vorhandensein eines Scheidungsgrundes unabhängig war. Und zwar ist diese Thatsache nicht, wie FRIEDBERG meint, blosse Hypothese; sie wird vielmehr direct durch die deutschen Quellen bezeugt.[19]) Die

---

[17]) Edict. Roth. 180. Dagegen ist z. B. die Entstehung von Todfeindschaft zwischen beiden Familien kein Aufhebungsgrund für das Verlöbniss, vielmehr soll von dem aufkündigenden Theil die Strafe gezahlt werden, sicut statutum inter se habuerunt, und nur das wirgild in palatium regis wird für solchen Fall nach LIUTPR. 119 erlassen, quia non est bonum, ut ibi quispiam deveat dare filiam — ubi vera inimicitiam humicidii esse provatur.

[18]) GREG. TUR. Hist. Franc. III, 27: conjuncti Franci contra eum valde scandalizabantur, quare sponsam suam relinqueret. Tunc commotus, relicta Deuteria, — W. duxit uxorem.

[19]) Edict. Grim. c. 6. Lex Burg. 34, 2. 4. Pact. Alam. III, 3.

unbegründete Verstossung unterschied sich von der gerechtfertigten Scheidung im Fall der schon thatsächlich vollzogenen Ehe wie im Fall des blossen Verlöbnisses nur durch die Busse, welche der Mann im ersteren Fall zu zahlen hatte, während er im letzteren Fall von Busse frei blieb. Dadurch wird die gleiche Behandlung von Ehe und Verlöbniss, wie auf der Hand liegt, noch augenscheinlicher. Anstatt diese Thatsache anzuerkennen, stellt FRIEDBERG mich vielmehr zur Rede, weil ich in meiner Arbeit (S. 77, Note 3) von Unlöslichkeit des Verlöbnisses (gleich der Ehe) und davon gesprochen habe (gegen SCHROEDER), dass man der Strafe des Verlöbnissbruchs gegenüber das Verlöbniss nicht als ein »lösliches« Verhältniss (im Gegensatz zur Ehe) bezeichnen dürfe. FRIEDBERG will vielmehr (S. 18. 19) Verlöbniss und Ehe in gleicher Weise als »löslich« (nämlich als frei löslich) bezeichnet wissen.[20]) FRIEDBERG hat darin Recht, dass die deutsche Ehe (und ebenso das Verlöbniss) nicht in dem Sinne unlöslich war, wie wir, oder gar die katholische Kirche, heute die Ehe als unlöslich bezeichnen. Nichtsdestoweniger muss ich die Behauptung aufrecht erhalten, dass es unrichtig ist, und zwar mit Rücksicht auf die Strafe unberechtigter Ehe- und Verlöbnissscheidung unrichtig ist, Ehe und Verlöbniss als frei löslich zu bezeichnen. Mit demselben Recht könnte man sagen, dass der Diebstahl nach unserem Recht Jedermann frei stehe, er brauche sich nur die Strafe des Diebstahls gefallen zu lassen. Die Strafe unberechtigter Aufhebung von Ehe oder Verlöbniss (und es begegnen recht erhebliche Strafansätze) bedeutet, dass diese Handlung rechtlich verboten war. Der Rechtsgedanke, der zu Grunde liegende kategorische Imperativ (»die Norm«) ist derselbe wie heute, nur die Rechtswirkungen

Lex. Baj. 8, 14. Eine Ausnahme bildete nur das westgothische Recht, Lex. Wisig. III, 6, 2.

[20]) FRIEDBERG S. 19: »ist der Schluss gerechtfertigt, dass für den Mann völlig freie, einseitige Scheidung existirt habe«.

sind verschieden. Ueberdies erinnere man sich des taciteischen Satzes: Severa illic matrimonia, nec ullam morum partem magis laudaveris (Germ. c. 18), man erinnere sich ferner daran, dass König Theodebert, so gerne er es auch gethan hätte, es dennoch nicht wagte, sich mit der nationalen Rechtsüberzeugung, welche Vollziehung des Verlöbnisses von ihm forderte (weil eben kein Scheidungsgrund vorlag), in Widerspruch zu setzen, und man wird sich überzeugen, dass der kategorische Imperativ, welcher in der Strafe ungerechtfertigter Ehe- und Verlöbnissscheidung sich ausdrückte, hinlängliche Energie besass, um die freie »Löslichkeit« von Verlöbniss und Ehe auszuschliessen. Die Strafe für die ungerechtfertigte Aufhebung des Verlöbnisses bedeutete einen Zwang, zwar nicht einen directen, aber einen indirecten, zur Trauung und damit zur thatsächlichen Eingehung der Ehe,[21]) und ebenso die Strafe für ungerechtfertigte Verstossung der Ehefrau einen Zwang, die Ehe nicht aufzulösen, wo nicht ein Scheidungsgrund vorlag. Im Uebrigen kommt es auf die Formulirung dieser Rechtssätze für unsere Frage nicht an. Mag man sich dahin ausdrücken, dass Ehe und Verlöbniss gleich löslich, oder, was ich für richtiger halte, dass sie gleich schwer löslich gewesen seien, so bleibt die Thatsache unberührt, dass Ehe und Verlöbniss in Bezug auf ihre Aufhebung den gleichen Rechtssätzen unterliegen. Kommt nun hinzu, dass für ungerechtfertigte Aufhebung von Ehe und Verlöbniss sogar die gleichen Bussen begegnen,[22]) wenn schon es erklärlich

---

[21]) Dagegen FRIEDBERG S. 18: »Ein Zwang zur Eheschliessung« (damit ist die Trauung gemeint) »hat unstreitig nicht existirt«.

[22]) Pact. Alam. III, 3: für unrechtmässige Verstossung der Ehefrau 40 sol. (und Herausgabe ihres Vermögens). Lex Alam. Hloth. 53: für unrechtmässige Aufkündigung des Verlöbnisses gleichfalls 40 sol., und ausserdem ein Ehrenerklärungseid mit 12 (zur Hälfte vom Gegner ernannten) Eideshelfern, so dass die Verlöbnissscheidung hier geradezu als der schwerere Fall behandelt wird. Die 40 sol. machen im alamannischen Recht den Betrag der Muntbrüche aus, SCHROEDER ehel. Güterr.

ist, dass anderweitig die Verstossung der schon getrauten Ehefrau als eine schwerere Ehrenkränkung und daher als schwerer strafbar behandelt wird,[23]) so kann man sich um so weniger dem Eindruck entziehen, dass das deutsche Recht auch an dieser Stelle von der Gleichsetzung des Verlöbnissverhältnisses mit dem ehelichen Verhältniss ausging.

Andererseits ist zweifellos, und meine Darstellung hat diese Thatsache hinlänglich in den Vordergrund gestellt, dass die Verlobung noch nicht alle Wirkungen der Ehe nach sich zog, dass insbesondere das Mundium (die eheherrliche Gewalt) erst mit der Trauung seinen Anfang nahm. Damit

---

I, S. 17. — Bei den Franken betrug die Busse für unrechtmässige Verlöbnisskündigung 62½ sol., d. h. die volle Muntbrüche, zugleich die höchste Busse ausser dem Wergeld, welche im fränkischen Recht überhaupt vorkommt, so dass wir auch hier gleiche Busse wie im Fall unrechtmässiger Ehescheidung anzunehmen haben, vgl. Lex Salica (Behrend) Extrav. A. c. 1.

[23]) Lex Baj. 8, 14: für ungerechtfertigte Verstossung der Ehefrau 48 (nach einigen Handschriften 40) sol.; 8, 15: für ungerechtfertigte Lösung des Verlöbnisses 24 sol. und ein Ehrenerklärungseid (»ut non per invidiam parentorum ejus nec per illum crimen eam dimisisset, sed propter amorem alterius alteram duxerit«) mit 12 Eideshelfern, welche hier sämmtlich vom Gegner zu benennen sind, wenngleich aus der Sippschaft des Schwörenden (»cum 12 sacramentales juret de suo genere nominatos«). Das bairische Volksrecht lässt augenscheinlich um dieser Eidesleistung willen eine geringere Geldleistung beim Verlöbnissbruch eintreten. Der Eid mit 12 Helfern war nach altem Recht der höchste Eid und stand dem Wergeld gleich (Siegel, Gerichtsverfahren S. 187). Konnte dieser Eid nicht geleistet werden, war die Verlöbnisskündigung also lediglich Frivolität, so wird selbst Friedberg nicht bezweifeln, dass dann auch nach bairischem Recht die gleiche Strafe wie bei ungerechtfertigter Ehescheidung eintrat. Das bairische Recht unterschied also im Resultat Ehescheidung und einfache Verlöbnissscheidung nur dadurch, dass es im letzteren Fall Milderungsgründe zuliess, im ersten Fall nicht. — Bei den Langobarden kostete die ungerechtfertigte Verstossung der Frau 500 sol. (Ed. Grim. c. 6), während bei Aufsagung der Braut der Bräutigam die meta, d. h. 300 sol. (Schroeder, ehel. Güterr. I, S. 13 Note 15) verwirkt, Edict. Roth. 178. 179, vgl. Loening, Vertragsbruch I, S. 147 ff.

sind natürlich noch weitere Consequenzen gegeben, z. B. dass die durch Vergehen gegen die Jungfrau fällig werdende Muntbrüche vor der Trauung principiell nicht an den Bräutigam, sondern an den Vater (Vormund) der Braut gelangt, eine Thatsache, auf welche FRIEDBERG S. 18 hinweist. Trotzdem ergeben die von mir früher (Eheschliessung S. 76 Note 2) zusammengestellten Zeugnisse zur Evidenz, dass die Entführung einer getrauten Frau und einer verlobten Braut ein gleich qualificirtes und daher gleich bestraftes (mehrfach begegnet Todesstrafe) Verbrechen darstellt.[24])

So stellt sich heraus, dass die Untreue der Braut als Ehebruch, die Verlöbnissscheidung als Ehescheidung, die Entführung der Braut als gleich strafbar mit der Entführung einer Ehefrau behandelt wird. Diese Thatsachen hat FRIEDBERG nicht zu entkräften vermocht.[25]) Als Ausschlag gebend treten nun aber zwei andere Beweisgründe hinzu, von denen FRIEDBERG den einen missverstanden, den anderen überhaupt nicht erwähnt hat.

Der eine dieser Gründe ist die Analogie des deutschen Sachenrechts.

---

[24]) Ueber die Frage nach der Auflösung des Verlöbnisses durch Entführung s. unten.

[25]) Woher weiss FRIEDBERG (S. 21), dass später das adulterium der sponsa »straflos ist«? Das Vergehen des unverlobten Mädchens war ja, wie gezeigt, auch im alten Rechte straffrei. Woher weiss FRIEDBERG ferner (S. 21), dass das »Verlöbniss des späteren Rechts« in seinen Wirkungen »abgeschwächt« und die negativen Wirkungen der Verlobung »verschwunden« seien? Für dies »spätere« Recht wird LOENING, Vertragsbruch I, S. 149 citirt, wo von LIUTPRAND's Edict (Anfang des 8. Jahrhunderts!) und der Expositio zum Liber Papiensis (11. Jahrhundert) gehandelt und gezeigt wird, dass die Conventionalstrafe beim Verlöbniss in die Rolle der gesetzlichen Strafe eintrat. Durch die Sicherheit seiner Behauptungen verdeckt FRIEDBERG auch an dieser Stelle die völlige Grundlosigkeit derselben. In dem Recht, welches wirklich das spätere Recht war, empfing das Verlöbniss vielmehr durch die Lehre von den Sponsalia de praesenti eine bedeutende Steigerung seiner Wirkung und ward zur fast unlöslichen Ehe erhoben, s. unten Abschnitt III.

Das altdeutsche Eherecht bewegt sich in den Formen des Vermögensrechts. Die Verlobung erscheint äusserlich als Kaufgeschäft (später als formaler Wettvertrag), und die Trauung ist als formale Besitzübertragung, entsprechend der sachenrechtlichen Investitur oder Auflassung gestaltet. Damit ist keine Identificirung des ethischen Inhalts dieser so parallelisirten Vorgänge ausgesprochen. Die Zeit, wo man wirklich die Verlobung als einen blossen Anwendungsfall des Kaufgeschäfts und den Erwerb der Jungfrau als ein Seitenstück des Eigenthumserwerbs betrachtet haben mochte, lag jedenfalls weit hinter der Entwicklungsstufe zurück, welche bereits das älteste deutsche Recht einnimmt. Die sachenrechtlichen Formen bedeuteten keine sachenrechtliche Werthschätzung. Der ethische Gehalt der eherechtlichen Vorgänge machte sich vielmehr bereits im alten Recht geltend, schon damals im Begriff, die schlichte Form zu sprengen, in welche längstvergangene einfachere Zeiten den edlen Stoff gefasst hatten.[26]) Dennoch setzen die Formen des Sachenrechts uns in den Stand, mit Hülfe der Rechtssätze des Vermögensverkehrs die Wirkung der eherechtlichen Vorgänge direct zu erschliessen.

Das deutsche Sachenrecht geht von dem Grundsatz aus, dass durch den Contract (Kauf u. s. w.) nicht blos eine obligatorische (persönliche) Verpflichtung des Contrahenten, sondern unmittelbar der Erwerb des dinglichen Rechts selber herbeigeführt wird, so dass die folgende Besitzübergabe (Investitur, Auflassung) nur die Bedeutung einer Vollstreckung des schon erworbenen Rechts hat. Jedoch verbindet sich erst mit dieser Vollstreckung die volle Wirksamkeit des erworbenen Rechts, so dass vor der Besitzübertragung auf Grund des blossen Contracts nur ein unvollkommenes Eigenthum (mit lediglich negativen Wirkungen), und erst nach dem Besitzerwerb ein vollkommenes Eigenthum (mit auch positiven

[26]) Vgl. meine Ausführung, Eheschliessung S. 24.

Wirkungen) dem Käufer zuständig ist. Ganz ebenso erzeugt die Verlobung (der Ehecontract, der im alten Recht in der Form des Kaufcontracts auftritt) nicht blos eine Verpflichtung zur Eheschliessung, sondern die Ehe selbst, aber noch »keine rechte noch vollkommliche Ehe«, wie es im 16. Jahrhundert im Frankfurter Stadtrecht heisst, sondern nur eine Ehe mit zunächst blos negativen Wirkungen (Treuverpflichtung), während die vollkommene Ehe (mit den positiven Wirkungen der eheherrlichen Gewalt u. s. w.) erst in Folge der Besitzübergabe, d. h. erst mit der Trauung eintritt. Dies Argument hat FRIEDBERG missverstanden, wie S. 20 zeigt, wo er meint, dass ich damit »zuviel« beweise, weil dann ja durch die Verlobung auch schon das Mundium erworben sein müsste, so dass die Trauung nur noch den Besitz, die Ausübung des Mundium gewähren würde. Vielmehr ist mein Gedanke, dass, wie die Investitur zugleich den Besitz und den vollen rechtlichen Inhalt des Eigenthums, gerade so die Trauung zugleich die Vollziehung und die inhaltliche Vollendung der Ehe vermittelt.

Von anderer Seite[27]) ist geltend gemacht worden, dass ich selber die altdeutsche Verlobung einen Kaufvertrag über das Mundium puellae nenne: demnach müsste die Verlobung schon Erwerb des Mundium sein, wenigstens in seinen negativen Wirkungen, während doch das Mundium erst durch die Trauung erworben wird. Dagegen muss ich bemerken, dass ich wiederholt das Mundium (die eheherrliche Gewalt) nur als die positive Wirkung der deutschen Ehe bezeichnet habe, welche zwar dem ganzen Rechtsverhältniss seinen Charakter giebt, aber dennoch seinen Inhalt nicht erschöpft, insofern das eheliche Treuverhältniss (die negative Wirkung der Ehe) neben dem ehelichen Gewaltverhältniss (Mundium,

[27]) G. MEYER in einer sachlich gegnerischen, aber wissenschaftlich und würdig gehaltenen Besprechung meiner Arbeit im Jenaer Literaturblatt Nr. 2, vom 8. Januar 1876, S. 30.

positive Wirkung der Ehe) steht. Aus diesem Grunde aber ist es allerdings unrichtig, die Verlobung als einen blossen Kauf der Vormundschaft über die Jungfrau zu bezeichnen.[28]) Die Rechtsanschauung der deutschen Quellen kennt vielmehr nur ein uxorem emere, pretium emptionis ejus, pecunia pro puella data, gif man maegdh gebigedh (»wenn Jemand eine Jungfrau kauft«), puellae pretium u. s. w.[29]), und von den ältesten Zeiten bis auf den heutigen Tag wird es wohl Niemand eingefallen sein, von einer Verlobung der Vormundschaft über die Braut zu sprechen. Die Verlobung ist ein Verloben (d. h. Versprechen, Verkaufen) der Braut, nämlich ein Versprechen, sie zur Ehe zu geben. Ebenso ist die Trauung selbstverständlich keine Trauung der Vormundschaft, sondern eine Trauung der Braut. Es wird wohl niemals Jemand gemeint oder gesagt haben, dass die Vormundschaft über die Braut dem Mann kirchlich oder ausserkirchlich getraut sei. Die Braut wird dem Mann getraut, d. h. übergeben,[30]) nämlich zur Ehe. Die Trauung ist die Erfüllung des Verlöbnisses, das zur Ehegeben der Braut, nachdem sie durch die Verlobung zur Ehe versprochen (verkauft) ist. Ist der Kauf nach deutschem Recht Eigenthumserwerbsgrund, wenngleich zunächst nur Erwerb eines unvollkommenen Eigenthums,[31]) so ist der Kauf der Jungfrau dem entsprechend

---

[28]) Diesen Gedanken hat bereits v. Richthofen, zur Lex Saxonum (1868) S. 288—296, und bei Pertz, Legg. V, p. 69 not. 3 mit Recht vertreten.

[29]) Man vgl. z. B. Lex Sax. 49. 65. 43. Aethelbirht 77. 82. Jne. 31. Lex Burg. 12, 1. 2, u. s. w.

[30]) Man vgl. die Wendungen der Quellen: et post Seneca det conjugem Semproniam Fabio, oder: Nu nimet der voget — diu wete und di frouwen — und antwurtet si dem man —. Eheschliess. S. 319. 320.

[31]) Auf diese Frage hat Friedberg S. 20 sich nicht eingelassen. Meine Deduction erscheint ihm »nicht zutreffend«, er will sie aber »nichtsdestoweniger hinnehmen«. Auch Meyer erklärt auf diese Frage, welche doch Ausschlag gebend ist, »nicht ausführlicher eingehen zu kön-

Eheschliessungsgrund (Erwerb der Jungfrau), wenngleich zunächst nur Schliessung einer unvollkommenen Ehe. Die »Perfection« der Ehe tritt gleich der Perfection des Eigenthums erst in Folge der realen Vollziehung des Verhältnisses (Besitzübertragung, Trauung) ein.

Friedberg beruft sich (S. 19) auf jeden »unbefangenen Menschen, der nicht durch Voreingenommenheit auf falsche Wege gewiesen ist«. Der unbefangene Mensch Friedberg's wird nämlich einem Verhältniss, welches nur die negativen Wirkungen der Ehe[32]) hervorbringt, nicht den Namen »Ehe« beilegen.

Ich will es vorziehen, mich auf König Liutprand zu berufen,

> Edict. Liutpr. 30: De his feminis, quae velamen sancte religionis suscipiunt, aut quae a parentibus suis deo vovintur, aut ipsae se elegunt, religionis habitu aut vestem monastiga iuduere vedentur, quamquam a sacerdote consegrate non sint, sic nobis justum paruit esse pro dei amore, ut in ipso habitu in omnibus perseverent, nec sit excusatio malis hominibus dicendo: »quod sacrate non sunt, ideo si copolantur culpa non habent«. Sed, ut supra premisemus, quae talem signum super se, id est velamen et veste sancte dei genetrices Mariae quocumque genio in se suscipiunt, et postea ad saecularem vitam vel habitu transire nullatenus presumat. Quia considerare devit

nen«. Ich muss übrigens bemerken, dass ich auf S. 79—87 für Jeden, der das Quellenmaterial des deutschen Rechts beherrscht, ausreichenden Beweis meiner Behauptungen erbracht zu haben glaube.

[32]) D. h. das eheliche Treuverhältniss, welches nicht blos, wie Friedberg S. 16. 19 mir in den Mund legt (obgleich er doch S. 75. 76 meiner Arbeit gelesen hat), die Pflicht bedeutet, eine »dritte Person nicht zu heirathen«, sondern die Pflicht, um des Bräutigams (Ehemannes) willen sich jeder ehelichen (fleischlichen) Gemeinschaft mit einem Dritten zu enthalten.

omnes Cristianus, quod si quiscumque saeculares parentem nostram saecularem disponsat, cum solo anolo eam subarrat et suam facit, et si postea alter eam oxorem ducit, culpaviles invenitur solidos 600: quantu magis devit causa Dei et sancte Mariae amplior esse, ut quae ipsum velamen vel habitu in se suscipiunt, in eodem deveant perseverare.

Liutprand macht hier eine Parallele. Er vergleicht die Himmelsbraut mit der weltlichen Braut. Die werdende Nonne, welche dem Kloster gelobt (verlobt) ist und das Klostergewand schon angelegt, aber die Benediction noch nicht empfangen hat, ist das Seitenstück zu der verlobten Braut, welche den Brautring empfing, aber noch nicht getraut ist. Hier wie da liegt ein noch unvollkommenes Rechtsverhältniss vor, welches seiner Vollendung harrt. Nichtsdestoweniger bestimmt Liutprand, dass die Himmelsbraut schon vor der Benediction (der Einweihung als Nonne) unwiderruflich (bei schwerer Strafe für den Zuwiderhandelnden) Eigenthum »Gottes und der heiligen Maria«, Nonne und darum von der Ehe ausgeschlossen sein soll. Das Rechtsverhältniss ist bereits begründet, wenngleich es noch unvollkommen ist, und zwar begründet durch das Gelübde, welches der feierlichen Einführung in den Nonnenstand (Benediction) vorausgeht. Sein Argument entlehnt er von dem weltlichen Brautverhältniss: denn gerade so, sagt der König, ist die Braut schon vor der Trauung lediglich auf Grund der Verlobung das Eigenthum, und zwar (so ist der Gedanke nach Massgabe des Zusammenhangs) das unwiderrufliche Eigenthum (bei schwerer Strafe für den Zuwiderhandelnden) ihres Bräutigams. Obgleich der König selber hervorhebt, dass unrechtmässiger und strafbarer Weise das Verlöbniss gebrochen und die Braut dennoch einem Andern zu Theil werden kann,[33]) spricht er

[33]) Auch an dieser Stelle wird der Imperativ des Rechts unvollkommen durch die mit der Rechtsverletzung verbundenen Nachtheile ge-

direct den Gedanken aus, welcher die Grundlage der obigen Auffassung bildet, dass der Bräutigam »solo anolo eam subarrat et suam facit.« Das Rechtsverhältniss der Ehe ist schon vorhanden, wenngleich es noch unvollendet ist, und zwar vorhanden in Folge der Verlobung, welche der Trauung, der Vollziehung und der Vollendung der Ehe voraufgeht. Der formrichtige Abschluss des Verlobungsvertrags bewirkt nach deutscher Rechtsanschauung nicht blos eine Verpflichtung des Contrahenten der Verlobung (d. h. nach dem Rechte Liutprand's des Vaters oder Vormundes), sondern unmittelbar den Erwerb des Gegenstandes der Verlobung, der Jungfrau, d. h. die Ehe selbst.

Die dingliche unmittelbare Wirkung der Verlobung in ihrer Eigenschaft als Eheschliessung musste sich vor Allem in dem Falle der Verletzung des Verlöbnisses durch einen Dritten erweisen.

Es waren zwei Fälle möglich, die aber, wie sich ergeben wird, in der Hauptsache gleichmässig behandelt wurden: entweder der Dritte entführte die Braut lediglich durch Gewaltthat, so dass also zugleich die Rechte des Bräutigams und die vormundschaftlichen Befugnisse der Verwandten der Braut verletzt waren, oder der Dritte hatte in Uebereinstimmung mit den Verwandten der Braut gehandelt, mit anderen Worten, er hatte die Braut nicht entführt, sondern sie war ihm von ihren Verwandten anverlobt und angetraut worden. Im letzteren Fall war nur der Bräutigam verletzt, und es fragte sich, ob das erste (nicht vollzogene) oder das zweite (vollzogene) Verlöbniss aufrecht erhalten werden sollte. In beiden Fällen aber war der Dritte im thatsächlichen Besitz, und handelte es sich darum, ob das erste Verlöbniss die Kraft

schützt. Man vgl. auch Ed. Liutpr. 119: posteus eam (filiam aut sororem) sponsaverit, non habeat potestatem alteri homini eam ad maritum dandi ante bienni tempus (vgl. Ed. Roth. 178). Et si dare cuilevit presumpserit aut ipsa spunsalia inrumpere voluerit, conponat sponso ipsius —.

habe, die thatsächlich mit einem Dritten zu Stande gekommene Ehe rückgängig zu machen. Das sachenrechtliche Analogon war der Fall, wo der Kaufcontract abgeschlossen, aber nicht vollzogen und nun ein Dritter sei es durch Gewalt oder in Folge eines zweiten Verkaufs von Seiten des Inhabers in den Besitz des Grundstücks gelangt war.

Die sachenrechtlichen Grundsätze gingen, wie LABAND und HEUSLER gezeigt haben, einfach dahin, dass der erste Käufer des Grundstücks in beiden Fällen dem besitzenden Dritten gegenüber obsiegte und ihn zur Herausgabe des Grundstücks nöthigte.[34]) Also auch im Fall eines zweiten Verkaufs ward trotz der geschehenen Besitzübergabe an den zweiten Käufer dennoch der erste Käufer (der nicht investirt, dem also das Grundstück nicht aufgelassen war) im Wege der Execution in den Besitz der Sache gesetzt. Die Priorität des Kaufcontracts entschied, nicht, wie nach römischem Recht, die Priorität der Besitzübergabe (Tradition), weil nach deutschem Recht der Kauf, d. h. der Contract, Eigenthumserwerbsgrund ist, und nicht erst, wie nach römischem, die Besitzübergabe. Der zweite Verkauf derselben Sache war, wie sich zugleich ergiebt, nach deutschem Recht ungültig, nicht, wie nach römischem, gültig, denn er war der Verkauf einer fremden Sache, und eine res aliena kann wohl nach römischem, aber nicht nach deutschem Recht gültig verkauft werden.[35]) Vor

[34]) Die Klage um unbewegliches Gut muss als der analoge Fall herangezogen werden, weil nur das Eigenthum an Grund und Boden »echtes Eigen« (dominium ex jure Quiritium), d. h. petitorisch geschützt ist. Das Eigenthum an der beweglichen Sache kennt keinen petitorischen, d. h. keinen Rechtsschutz, sondern lediglich possessorische Vertheidigungsmittel, d. h. Besitzesschutz. Das Eigenthum und überhaupt das dingliche Recht an der Mobilie ist als solches, wie ALBRECHT ganz mit Recht behauptet hat, klaglos, und nur das Eigenthum am Grundstück ist klagbar.

[35]) Ebenso der Code civil, art. 1599: La vente de la chose d'autrui est nulle, eine Bestimmung, die auf altfranzösisches Recht zurückgeht, vgl. ZACHARIAE, franz. Civilr. (5. Aufl.) II, § 351 Note 24. Bekanntlich

Allem erhellt, dass der Käufer schon auf Grund des Kaufcontracts eine Klage unmittelbar gegen den Dritten hat, nicht blos, wie nach römischem Recht, eine Klage gegen seinen Verkäufer, denn der deutsche Kauf ist nicht blos ein Contract, sondern Eigenthumserwerbsgrund und gewährt daher nicht blos ein persönliches Forderungsrecht gegen den Contrahenten, sondern eine dingliche Macht über die Sache.[36])

Ganz dieselben Grundsätze sind wir im Stande für die Verlobung zu constatiren, nur dass die besondere Art des Gegenstandes dieses Vertrags, die Thatsache, dass es sich hier um eine emtio puellae handelt, die Ausführung derselben modificirt hat.

Den Standpunkt des älteren Rechts entnehmen wir besonders deutlich aus den langobardischen, sächsischen und alamannischen Quellen. Hier ward die thatsächlich zu Stande gekommene Ehe aufrecht erhalten und der erste Bräutigam mit einer Entschädigung abgefunden. Bei den Langobarden gebührte ihm das doppelte Witthum (zwei mal 300 solidi), bei den Sachsen einfaches Witthum (300 sol.), bei den Alamannen zehnfaches Witthum (zehn mal 40 sol.). Das Witthum ist das pretium puellae, welches vom Bräutigam als dem Käufer der Braut zu zahlen ist. Es ist der rechtliche Werth der Jungfrau (secundum genealogiam suam) in Geld ausgedrückt, der Preis der Jungfrau in gleichem Sinne wie das Wergeld (wörtlich pretium viri bedeutend) der Preis des Mannes ist. Die Zahlung des Witthums ist Ersatz der Jungfrau, die mehrfache Zahlung qualificirter

---

ist nach französischem wie nach deutschem Recht der Kauf Eigenthumserwerbsgrund.

[36]) Aus dem Obigen sowie aus meiner Ausführung Eheschliess. S. 79 ff. geht hervor, dass die deutsche Klage um unbewegliches Gut nicht blos, wie LABAND annimmt, dem Gegenstand nach, sondern auch dem Klaggrunde nach dinglicher Natur ist, also eine actio in rem im Sinn des römischen Rechts bedeutet, obgleich sie schon auf Grund des blossen Contracts zuständig ist.

Ersatz. Und zwar fordert der Bräutigam den Ersatz direct von dem Räuber der Braut, ausgenommen (nach langobardischem Recht) wenn die parentes der Braut mit dem Verlöbnissbruch einverstanden gewesen waren, d. h. wenn ein zweites Verlöbniss erfolgt war.[37]) So direct diese Sätze auf den ersten Blick mit den vorhin entwickelten sachenrechtlichen Grundsätzen in Widerspruch zu stehen scheinen, so sehr stehen sie mit denselben in Einklang. Dem erten Käufer steht als solchem gegen den dritten Besitzer ein Recht auf Restitution der Sache zu. Die Herausgabe der Sache ist die volle Befriedigung des dem Käufer zuständigen Rechts. Eine derartige Befriedigung durch Restitution ist in unserem Fall unmöglich. Die Jungfrau, welche dem Bräutigam »zu Eigen« gehörte, ist nicht mehr restituirbar, denn sie ist thatsächlich Frau, und zwar die Frau eines Anderen geworden. Die Heimführung durch einen Dritten bewirkt, anders als

[37]) Die obigen Rechtssätze ergeben sich aus Edict. Roth. 190—192. Liutpr. 30 (oben S. 16, dazu Schroeder ehel. Güterr. I, S. 13 Note 15). 119. — Lex Saxonum c. 49: Qui feminam ab alio desponsatam rapuerit, 300 solidos patri puellae, 300 sponso conponat, et insuper 300 solidis emat eam. Die 300 sol. sind das sächsische Witthum, Schroeder I, S. 48. Die Vermuthung v. Richthofen's (zur Lex Saxonum S. 297. 298. Legg. V, p. 70 not. 4. p. 74 not. 30), dass die 300 sol. aus dem Jungfrauenwergeld von 240 sol. und dem Königsbann von 60 sol. zusammengesetzt zu denken seien, wird schon dadurch widerlegt, dass der bannus niemals als integrirender Theil der Busse (lex) begegnet, sondern immer als zweite selbständige Strafe (nach Amtsrecht), im Gegensatz zum fredus, der einen Theil der Lex darstellt (Fränk. Verf. S. 103 ff.). — Lex Alam. Hloth. 52: Si quis sponsatam alterius contra legem acciperit (die Ausdrücke lassen sich sowohl auf den Fall des Raubes wie auf den Fall einer zweiten Verlobung beziehen), reddat eam et cum 200 solidis (fünffaches Witthum) conponat. Si autem reddere noluerit, solvat eam cum 400 solidis, aut si mortua fuerit post eum. Aus dem Zusammenhang mit tit. 51 (Si quis liber uxorem alterius contra legem tulerit, reddat eam et — conponat) ergiebt sich unzweideutig, dass wie dort an eine Klage des verletzten Ehemannes, so hier an eine Klage des verletzten Bräutigams gegen den Dritten zu denken ist. Umgekehrt wird tit. 54 (Entführung eines unverlobten Mädchens) ausdrücklich der Vater als Kläger bezeichnet.

der blosse Sachbesitzerwerb, nicht nur die Entfremdung, sondern den Untergang des Rechtsobjects. Die Rückgabe der entführten Braut ist keine Befriedigung des Bräutigams. Daher wird dem Bräutigam nicht ein Recht auf die Jungfrau (welche nicht mehr restituirt werden kann), sondern ein Recht auf Schadensersatz gegeben. Daher wird ferner die thatsächlich zu Stande gekommene Ehe, also eventuell das zweite Verlöbniss aufrecht erhalten, und entscheidet im Erfolg die Priorität nicht des Rechtsgeschäfts, sondern des Besitzerwerbes, nicht weil der Besitzerwerb ein besseres Recht gäbe, also den eigentlichen rechtlichen Erwerbsgrund darstellte, sondern weil der Besitzerwerb hier (um im Bilde zu bleiben) Sachvernichtung ist. Der erste Bräutigam steht dem zweiten nach, weil durch den Rechtsbruch seine Rechte unmöglich geworden sind. Die Heimführung durch den Dritten bewirkt Aufhebung des ersten Verlöbnisses nicht kraft eines Scheidungsgrundes, so dass eine Schwäche der Rechtskraft des ersten Verlöbnisses dadurch ausgedrückt wäre, sondern kraft der Aufhebung seiner Voraussetzungen. Wie durch den Tod der Braut, so wird durch ihre Heimführung durch den Dritten das Verlöbniss nicht »geschieden«, sondern auf unorganischem, mechanischem Wege zerstört.

So ergiebt sich, dass nach der Anschauung des alten Rechts das Analogon der Heimführung durch einen Dritten die Vernichtung der Sache durch einen Dritten ist. Aus diesem Grunde wird dem ersten Bräutigam nur ein Recht auf Schadensersatz gewährt, aber mit dinglicher Kraft unmittelbar gegen den schädigenden Dritten. Die Ersatzklage des Bräutigams unmittelbar gegen den Entführer seiner Braut bedeutet die durch das Verlöbniss bereits begründete directe Macht des Bräutigams über die Braut, bedeutet, wie König Liutprand dies gerade in Hinblick auf unseren Rechtssatz ausdrückt, dass der Bräutigam schon durch die blosse Verlobung die Braut »zu seinem Eigenthum« erworben hat.

Den entwickelten Standpunkt des älteren Rechts müssen wir als einen rein formalen, juristischen bezeichnen, entsprechend dem äusserlichen Charakter, welchen das altdeutsche Recht gleich jedem ursprünglichen Recht an sich trägt. Im Fall des Verlöbnissbruches ist der Gedanke nicht auf die Aufrechterhaltung des persönlichen, ethischen Verhältnisses, sondern lediglich auf die äusserliche Befriedigung des Bräutigams gerichtet. Das alte Recht geht noch, in Nichtachtung individueller Motive und Neigungen, davon aus, dass die Zahlung einer Entschädigungssumme wirklich ein Aequivalent für den Bräutigam darstellt, dass dem ersten Verlöbniss daher durch die Zahlung des pretium puellae genug geschehen ist. Die Braut gilt als ersetzbar, und daher soll sie, weil sie nicht mehr unberührt zurückgegeben werden kann, in Geld dem Bräutigam erstattet werden.

Anders das spätere Recht, welches unter dem Einfluss der Anschauungen des Christenthums den Schutz des einmal begründeten ethischen Verhältnisses in den Vordergrund stellte, und sich daher nicht die persönliche Befriedigung des Bräutigams, sondern die Realisirung der Idee, welche in dem gegebenen Rechtsverhältniss lag, zur Aufgabe setzte. Zugleich trat selbstverständlich der Gedanke auf, dass die Braut unersetzbar ist, dass deshalb nicht ein Recht des Dritten, dem Bräutigam gewissermassen seine Braut abzukaufen, sondern unbedingte Pflicht zur Rückgabe und Strafe des Entführers die Folge sein müsse. Das deutsche Verlöbnissrecht ging von dem privatrechtlichen (egoistischen) zum öffentlichrechtlichen (ethischen) Standpunkt über.

Das Uebergangsstadium repräsentirt eine schon im Vorigen in Bezug genommene Stelle des alamannischen Volksrechts,

> Lex Alam. Hloth. 52: Si quis sponsatam alterius contra legem acciperit, reddat eam et cum 200 sol. conponat. Si autem reddere noluerit, solvat eam cum 400 sol., aut si mortua fuerit post eum.

Hier ist bereits neben die Zahlung des Ersatzes durch den zehnfachen Betrag des Witthums die Rückgabe der Braut mit Zahlung des fünffachen Witthums (als Strafe für ihre Entehrung) getreten.[38]) Aber der Entführer hat noch die freie Wahl, ob er durch die Braut mit Hinzufügung des Schadensersatzes oder durch blossen Schadensersatz den Bräutigam abfinden will.

Den Fortschritt zeigt das bairische Volksrecht, welches hier wie sonst das alamannische Volksrecht zur Vorlage hatte, aber (und dadurch wird der Unterschied von besonderem Interesse) an dieser Stelle von seinem alamannischen Vorbild abweicht. Hier heifst es lediglich,

> Lex Baj. 8, 16: Si quis sponsam alicujus rapuerit vel per suasionem sibi eam duxerit uxorem, ipsam reddat et cum 80 sol. conponat.

Hier ist das Wahlrecht des Verklagten bereits hinweggefallen, und das erste Verlöbniss hat schlechtweg den Vorzug.[39])

Der eigentliche Träger dieser Entwicklung war aber das fränkische Recht. Auch hier galt ursprünglich das alte Princip, welches dem Bräutigam nur Schadensersatz zuerkannte.[40]) Aber schon in merowingischer Zeit ist die

---

[38]) Das alamannische Witthum beträgt 40 sol., SCHROEDER I, S. 67. Wie sich aus diesem Ansatz durch Verdoppelung die 80 sol. in Alam. 51, so ergeben sich durch weitere Vervielfältigung die obigen 200 und 400 sol. Anders MERKEL Legg. III, p. 62 not. 5, der an das fränkische Wergeld denkt, eine Annahme, die sich durch sich selbst widerlegt. Dass die Braut mit 200 sol., die entführte Frau aber mit 80 sol. (Alam. 51) zurückgegeben wird, scheint mir nicht, wie WILDA, S. 851, »kaum erklärlich«.

[39]) Das gleiche Resultat ergiebt Lex Baj. 1, 11.

[40]) Lex Sal. (BEHREND) 13, 10: Si quis sponsam alienam tulerit et eam sibi in conjugio copulaverit — sol. 63 culp. jud. Zusatz 3: In contra sponsum vero cujus sponsa est sol. 15 culp. jud. Die geringe Busse, welche der Zusatz (Text III) dem Bräutigam zuerkennt, kann auf einem Versehen beruhen; Text III ist bekanntlich nur in zwei Handschriften überliefert.

Aenderung eingetreten. Den directen Beweis erbringt ein uns überlieferter Rechtsfall.

> Vita S. VULMARI (starb i. J. 710) auctore anonymo pervetusto, c. 1 (MABILLON Acta Sanctor. O. B. III, 1, p. 230): Sanctus Vulmarus in inferioribus Galliae partibus haud longe a maris litore in pago Bononiense in villa Silviaco nuncupata ex Christianis atque inclytis parentibus est editus. Pater ejus Vulpertus nomine, mater Duda, frater vero ejus Vamarus nuncupabatur. Sed praefatus vir S. Vulmarus temporis juventutis suae conjugem duxit nomine Horcolholda, quae erat desponsata ab alio viro nomine Vilmaro. Ipse Vilmarus accusavit praedictum Dei famulum propter memoratam feminam ad principem Francorum, et ejusdem jussione principis adeptus est Vilmarus sponsam suam superius nominatam. c. 2: S. ergo Vulmarus, postquam reliquit conjugium, petiit monasterium recto tramite, quod est situm in pago Hainonense Alti montis nomine.[41])

Sowohl der Ort der Handlung (in der Nähe von Flandern und Hennegau) wie die Namen der sämmtlichen interessirten Personen stellen klar, dass wir uns hier im Bereich des fränkischen Rechts befinden. Die Entscheidung ist ferner vom weltlichen Gericht (Königsgericht) gesprochen,[42]) und das weltliche Gericht spricht im fränkischen Reich wie während des ganzen Mittelalters nicht nach den canones, d. h. nicht nach geistlichem, sondern nur nach weltlichem Recht, d. h. nach Stammesrecht.[43]) Unter Rechtsfall ist

[41]) Auf diese Stelle hat SCHROEDER, ehel. Güterr. I, S. 10 Note 52 aufmerksam gemacht.

[42]) Im fränkischen Reich gehörten Ehesachen von öffentlichen Rechts wegen vor das weltliche Gericht, während sie gleichzeitig von geistlichen Rechts wegen an das geistliche Gericht gezogen wurden, Zeitschr. f. Kirchenr. IX, S. 242 ff.

[43]) Vgl. a. a. O. S. 231 ff.

also ein Beleg für die Entwicklung, welche das deutsche Recht, in unserem Fall das salisch-fränkische Recht genommen hat. Er bezeugt, dass bereits um die Mitte des 7. Jahrhunderts[44]) nach fränkischem Recht das erste Verlöbniss den Vorzug vor dem zweiten hat,[45]) wenngleich das zweite Verlöbniss thatsächlich vollzogen und das erste noch unvollzogen ist.[46])

Dieselben Grundsätze entnehmen wir aus der Capitulariengesetzgebung der karolingischen Zeit, wo überdies durch Vermittelung der Geistlichkeit die zu gleichem Resultat führenden Principien der alten griechischen Kirche ihren Einfluss übten. Auf dem Reichstag zu Aachen im Jahr 817, auf welchem Ludwig d. Fr. »nach alter Sitte« mit dem »Clerus und der Menge des Volks« verhandelte, »was der Kirche und dem ganzen Reiche frommen könnte«, ward in den für die Geistlichkeit bestimmten (und von derselben beschlossenen) Capiteln an die Bestimmung des Concils von Ancyra (c. 11) erinnert, dass die entführte Braut vom Entführer dem Bräutigam auf jeden Fall zurückgegeben werden müsse.[47]) Daran

[44]) Nachdem Vulmar diu in coenobio habitavit, ging er um 680 als Einsiedler in die Einsamkeit (c. 5).

[45]) Dass Vulmar die sponsa des Vilmar gewaltthätig entführt habe, ist im Text nicht angedeutet, und lässt auch die Thatsache, dass er es zum Process kommen liess, darauf schliessen, dass er wenigstens einigen Rechtsgrund für sich haben musste.

[46]) Dass Vilmar mit seiner Braut noch nicht in der Ehe gelebt hatte, erhellt deutlich nicht blos aus dem Ausdruck »desponsata«, sondern namentlich daraus, dass die Horc. im Verhältniss zu ihm nur als »sponsa« bezeichnet wird, während sie die »conjux« des Vulmar ist, und Letzterer mit ihr im »conjugium« lebt.

[47]) Cap. Aquisgran. a. 817. eccl. c. 24 (Pertz I, p. 208): De desponsatis puellis et ab aliis raptis ita in concilio Anchyritano, capitulo X, legitur: »Desponsatas puellas et postea ab aliis raptas placuit erui et eis reddi quibus ante fuerant desponsatae, etiamsi a raptoribus vis inlata constiterit«. Proinde statutum est a sacro conventu, ut raptor publica poenitentia multetur, raptae vero, si sponsus recipere

schloss sich in den Capitula legibus addita die für das weltliche Recht massgebende gleiche Bestimmung an,[48]) und finden wir überdies aus wahrscheinlich derselben Zeit noch ein drittes Zeugniss, welches für die karolingisch-fränkische

noluerit, et ipsa eidem crimini consentiens non fuit, licentia nubendi alii non negetur.

[48]) Cap. Aquisgran. a. 817 legib. add. c. 9 (Pertz I, p. 211): De raptu aliarum sponsarum. Si quis sponsam alienam rapuerit, aut patri ejus aut ei qui legibus ejus defensor esse debet, cum sua lege eam reddat (Variante: sponso eam reddat et defensori suam legem solvat) et quicquid cum ea tulerit, semotim unamquamque rem secundum legem reddat. Et si hoc defensor ejus perpetrari consenserit, et ideo raptori nihil quaerere voluerit, comes singulariter de unaquaque re freda nostra (d. h. den Königsbann) ab eo exactare faciat. Sponso vero legem suam conponat et insuper bannum nostram, id est 60 sol. solvat, vel in praesentiam nostram comes eum advenire faciat, et quanto tempore nobis placuerit in exilio maneat, et illam feminam ei habere non liceat. Auch für den Fall, dass der defensor puellae (ihr Vormund) die Sache nicht verfolgen will, also dass die Entführung mit seinem Willen (zweite Verlobung) erfolgte, soll doch die zweite Verlobung ungültig sein, so dass auch in diesem Fall die Restitution der Braut, nämlich an den ersten sponsus sich als Resultat ergiebt. Die Entführung der Braut erscheint hier demgemäss bereits, anders als im alten Recht, als peinliches Verbrechen, als Verletzung des Eherechts, gleich der Entführung einer uxor (Lex Sal. 15), und ist daher nicht von Entschädigung des Bräutigams, sondern von Zahlung des eignen Wergeldes des Thäters, lex sua (der Todesstrafe oder, wie hier, der Verbannung entsprechend) die Rede. Die Entwicklung, welche dem ersten Bräutigam das Recht auf die Vollziehung seiner Verlobung gewährte, ist gleichzeitig mit dem Rechtssatz zu setzen, welcher den Entführer einer Braut als des Todes (oder des eignen Wergeldes) schuldig behandelte und damit zugleich die Auflösung der thatsächlich gewordenen Ehe forderte. Daher bietet auch die Lex Francorum Cham. c. 47: Si cujus puellam sponsatam alius priserit, sol. 200 conponere faciat, in fredo (Königsbann) sol. 60 (vgl. auch Lex Sal. 13, 10 Zusatz 4. Lex Thuring. 45) ein directes Argument für unseren Rechtssatz, und können wir ferner nicht blos für das westgothische Recht, sondern ebenso für das burgundische aus der peinlichen Strafe (Todesstrafe) für den Entführer und Verführer einer Braut denselben Rechtssatz erschliessen. Das bairische Recht (vgl. oben S. 24) ist dem entsprechend später gleichfalls zur Wergeldstrafe vorgeschritten, Lex Baj. text. III, 7, 16.

Entwicklung die Priorität des ersten Verlöbnisses darthut.[49]) Die Klage gegen den Entführer stand nach fränkischem Recht zunächst dem Vater oder Vormund (defensor) als dem Gewalthaber über die Braut, eventuell aber, wenn dieser Gewalthaber nicht klagen wollte oder nicht klagen konnte, weil er die Braut nämlich selber dem Dritten verlobt (zweites Verlöbniss) und gegeben hatte, dem Bräutigam direct gegen den Dritten zu.[50])

Zu demselben Standpunkt ist das westgothische und burgundische Recht[51]) sowie, unter dem Einfluss des fränkischen Rechts, das bairische und thüringische Recht übergegangen.[52])

Heben wir die beiden bedeutendsten Repräsentanten der entwickelten verschiedenen Anschauungen hervor, so ergiebt sich, dass nach italienischem (langobardischem) Recht die Priorität der Thatsächlichkeit der Ehe, nach fränkischem Recht aber die Priorität des Verlöbnisses ent-

---

[49]) Die Stelle steht bei Pertz Legg. I, p. 215 c. 9 als Theil des Aachener Capitulars von 817, ist aber, wie Boretius, Capit. S. 145. 146 gezeigt hat, ungewissen Ursprungs. Auf eine officielle Quelle deutet ihre Aufnahme in den Liber Papiensis als Lex Loth. 84, und auf weltliche Herkunft der Inhalt, welcher keine geistliche Strafe, wohl aber die Strafe des adulterium androht, sowie der Zusammenhang mit dem entschieden weltlichen c. 10. Die Stelle lautet: De sponsis alienis. Qui sponsam alienam ipsa non consentiente rapuerit, licet cum ea cumcuberit reddat eam ei cujus sponsa est, et is ducat eam si velit, quia vim passa pocius quam violata videtur. Quod si eam ducere noluerit, accipiat alteram feminam; tamen si et ipsa nubere voluerit, excepto raptore, cui voluerit alteri legitime copuletur. Raptor vero adulterii crimine reus teneatur. Quod si et ipsa consensit, similiter ut raptor a nuptiis in ulterius proibeatur. Et is qui eam accepturus erat, aliam quam voluerit accipiat.

[50]) Dies ergiebt sich durch die Combination der in den beiden vorigen Noten besprochenen Zeugnisse und dem oben mitgetheilten Rechtsfall. Ebenso hat das nordische Recht ein Klagrecht sowohl für den Vormund wie für den Bräutigam, Wilda Strafr. S. 850 Note 1. 2.

[51]) Vgl. Note 48 a. E.

[52]) Oben Note 48 und S. 24.

scheidet. Dort wird das erste Verlöbniss durch ein zweites consummirtes Verlöbniss aufgehoben, hier geht das erste Verlöbniss schlechtweg dem zweiten Verlöbniss vor.[53]) Den Standpunkt des italienischen Rechts müssen wir als den älteren, den des fränkischen Rechts als den jüngeren und zugleich idealeren bezeichnen. Gemeinsam ist beiden Rechten die Idee, dass durch das Verlöbniss die Braut dem Bräutigam schon »zu Eigen« wird, aber das langobardische Recht hat dennoch die Conservirung des einmal thatsächlich zu Stande gekommenen ehelichen Bundes, lässt die Wirkung des Verlöbnissrechts fahren und entschädigt den Bräutigam, indem das thatsächlich zu Stande gekommene Verhältniss als Zerstörung des ersten Verlöbnissverhältnisses gilt. Das fränkische Recht aber ist zu der strengen Durchführung des einmal begründeten Rechtsverhältnisses übergegangen und zieht aus dem geschehenen Erwerb zu Eigen um ethischer Motive willen alle sich daraus ergebenden Consequenzen: es entscheidet die Priorität des Verlöbnisses und nicht der Trauung (Besitzergreifung) weil das Verlöbniss die Eheschliessung ist.

Zum vollen Verständniss der im Vorigen dargelegten Thatsachen ist nur noch an eine parallel gehende Entwicklung zu erinnern. War einem Ehemann nach schon vollzogener Ehe seine Frau entführt, so haben wir als Princip anzunehmen, dass ihm kraft seiner eheherrlichen Gewalt (Mundium) eine Klage auf Rückgabe der Frau gegen den Dritten zustand, die Ehe also gegenüber dem Entführer aufrecht erhalten wurde.[54]) Jedoch war dieser Grundsatz dem

[53]) Dabei versteht sich aber von selbst, dass, wie die im Vorigen zusammengestellten Zeugnisse ausdrücklich hervorheben, der erste Bräutigam einen Vorfall dieser Art als Scheidungsgrund geltend zu machen berechtigt ist.

[54]) Man vgl. Edict. Roth. 165. — Die Entführungsgeschichte bei Greg. Tur. X, 8, welche Walter, Rechtsgeschichte § 486 zu seiner Aeusserung von den »leichten Scheidungen« bei den Franken veran-

alten Recht keineswegs selbstverständlich. Vielmehr begegnet noch in den Volksrechten der Rechtssatz, dass die Ehe durch Entführung aufgelöst und dem Mann nur ein Klagerecht auf Ersatz der Frau durch Zahlung ihres Wergeldes und Verschaffung einer andern Frau zustand.[55]) Dieser Rechtssatz geht, gleich dem entsprechenden Rechtssatz des Verlobungsrechts, von der Geringschätzung der Ehe und noch mehr von der rechtlichen Geringschätzung des Weibes aus. Das Weib ist ersetzbar, ist rechtlich »fungibel«. Die eine Frau ist der anderen gleich. Die Ehe wird nicht durch individuelle Motive, sondern lediglich durch den allgemeinen Gattungstrieb veranlasst. Das Individuum steht noch unbedingt unter der Herrschaft lediglich der von der Gesammtheit ausgehenden Impulse. So geht auch die einzelne Ehe für die Regel nicht aus Liebe und damit aus concreten ethischen Motiven, sondern vielmehr aus der für Alle gleich zwingenden Thatsache hervor, dass der Mann eine Frau haben muss. Die Persönlichkeit der Frau tritt in den Hintergrund. Darum ist die Entführung Zerstörung der Ehe wie sie Zerstörung des Verlöbnisses war. Die entführte Frau kann nicht mehr intact zurückerstattet werden. Das alte Recht hält deshalb nur darauf, dass dem Manne voller

---

lasst (vgl. oben Note 13), beweist vielmehr, sofern sie überhaupt beweiskräftig ist, das Gegentheil, denn die Kinder aus der Ehe der Frau mit ihrem Entführer werden ausdrücklich vom Gericht für unehelich erklärt. Allerdings ward dies Urtheil im geistlichen Gericht gesprochen. Aber, dieselbe Geschichte betreffend, wird Greg. Tur. VIII, 27 der Klage gedacht, welche der Ehemann zum Zweck der Rückforderung seiner Frau gegen den Entführer beim Königsgericht anhängig machen wollte und anhängig gemacht hätte, wenn er nicht den Spott der Höflinge gescheut hätte. Jedoch ist diese Erzählung nicht unmittelbar für das fränkische Recht beweiskräftig, weil alle auftretenden Personen Römer sind.

[55]) Aethelbirht c. 31: »Wenn ein Freier bei eines freien Mannes Frau liegt, erkaufe er sie mit ihrem Wergelde und erwerbe eine andere Frau aus seinem eignen Vermögen und bringe sie ihm heim«. (Schmid, Gesetze der Angelsachsen S. 5.)

Schadensersatz werde. Das Mundium des Mannes wird durch seine Verletzung zugleich vernichtet, weil die Verletzung irreparabel ist,[56]) und weil in Folge dessen den Interessen des Mannes am besten nicht mit Rückgabe der entehrten Frau, sondern mit Schadensersatz gedient scheint.

Den Uebergang zu der späteren Entwicklungsstufe repräsentirt auch an dieser Stelle das alamannische Volksrecht:

> Lex Alam. Hloth. 51, 1: Si quis liber uxorem alterius contra legem tulerit, reddat eam et cum 80 sol. (doppeltes Witthum) conponat. Si autem reddere noluerit, aput 400. sol. (zehnfaches Witthum) eam conponat. Et hoc si maritus prior voluerit.[57])

Die Stelle lautet genau ebenso wie die oben (S. 23) betreffs des Verlöbnissbruchs mitgetheilte Bestimmung, und erhellt ganz deutlich, dass der Zusatz: »aber nur, wenn der erste Mann es will«, unorganischer Natur ist. Er steht mit dem Voraufgehenden, wonach der Wille des Entführers entscheiden soll, in directem Widerspruch und bedeutet die den späteren Rechtsanschauungen entsprechende Modification unseres Rechtssatzes. Das bairische Volksrecht hat diese Stelle überhaupt nicht recipirt, weil sie, auch wenn dem prior maritus das Wahlrecht zustehen sollte, den späteren Anschauungen nicht mehr entsprach.

So ist erst allmälig die Werthschätzung der Persönlichkeit der Frau und zugleich des Bandes der Ehe in den Vordergrund getreten. Das Recht der schon vollzogenen

---

[56]) Ein Analogon ist der Untergang der väterlichen Gewalt durch Entführung der Tochter. Der Entführer wird nur zum Kauf der Tochter (Verlobung, Eheschliessung), d. h. zur Entschädigung genöthigt. Vgl. Eheschliess. S. 51.

[57]) In dem weiteren Fortgang der Stelle wird dem Ehemann das Recht auf die 400 sol. auch noch nach dem Tode der entführten Frau, und zugleich das Mundium (väterliche Gewalt) über die von dem Entführer erzeugten Kinder, antequam eam solvat, zugeschrieben.

Ehe hat genau denselben Entwicklungsgang wie das Verlöbnissrecht durchgemacht. Die (vom italienischen Recht festgehaltene) Auflösung des ersten Verlöbnisses durch ein consummirtes zweites Verlöbniss entspricht der Zerstörung der Ehe durch eine thatsächlich gewordene zweite Ehe, während das fränkische Princip, welches dem ersten Verlöbniss unbedingt den Vorzug zuertheilt, die Kräftigung und Fortentwicklung des ethischen Gedankens der Ehe ausdrückt.

Das Verlöbnissverhältniss steht unter den Rechtssätzen des ehelichen Verhältnisses, und die Rechtskraft des Verlöbnisses ist die Rechtskraft der Eheschliessung.

Dazu kommt ein weiteres, gleichfalls Ausschlag gebendes Argument, welches Friedberg nicht einmal erwähnt hat, nämlich der Sprachgebrauch. Wie kommt es denn, dass nicht blos in Deutschland, sondern im ganzen Abendlande, soweit die germanisch-romanische Rechtsentwicklung reicht, »verloben« und »verheirathen« (vermählen, épouser, to wed) gleichbedeutend gebraucht wird, dass, gleichfalls im ganzen Abendlande, die Eheleute technisch als Brautleute, Verlobte (Gemahl, Ehgespons, époux, esposo, spouse u. s. w.) bezeichnet werden,[58]) wenn es nicht wirklich gemeine germanische

[58]) Vgl. Eheschliess. S. 78. Dass dss Wort »Gemahl« nicht von mallus, Gerichtsversammlung, abzuleiten ist, und damit das einzige Argument für Gerichtlichkeit der Verlobung oder Trauung hinwegfällt, wird jetzt auch von Friedberg S. 12 Note 1 stillschweigend eingestanden, (anders früher Friedberg, Eheschliessung S. 21). Nichtsdestoweniger erscheint es Friedberg noch jetzt »wohl zu vermuthen, dass als Localität der Traditio häufig das mallum, die Gerichtsstätte, gewählt sein mag«, weil die Trauung »öffentlich« hätte vollzogen werden müssen. Weil Friedberg diese Vermuthung hat, will ich daran erinnern, dass die Gerichtsstätte bekanntlich in alten Zeiten ganz regelmässig ein kahler Hügel oder eine Stelle am Waldessaum oder sonst ein Ort in der freien Natur war, an dem sich, wenn nicht gerade Gerichtsversammlung war, Niemand aufzuhalten pflegte, so dass die gewünschte »Oeffentlichkeit« durch die blosse Gerichtsstätte als »Localität« der Trauung jedenfalls nur sehr unvollkommen erreicht wäre. Um eine Anschauung einer altdeutschen Gerichtsstätte zu geben, möge ferner daran

Rechtsansicht war, dass das Band der Ehe durch die Verlobung und nur durch die Verlobung erzeugt wird?

Und nun gedenke man endlich der notorischen Thatsache, welche selbst Friedberg zugestehen muss,[59]) dass nämlich nach deutschem Recht das Verlöbniss für das Zustandekommen einer Ehe unentbehrlich ist. Weil Friedberg auf Wilda's Autorität grosses Gewicht legt, so will ich zunächst Wilda citiren, der (Strafrecht S. 803) in Hinblick auch auf das nordische Recht äussert: »War dem ehelichen Zusammenleben zwischen Mann und Weib nicht ein Verlobungsvertrag (festna, festning) vorhergegangen, die Frau keine »rechtmässig gekaufte Ehefrau«, so war dieses zwar ein erlaubtes Verhältniss, »aber keine rechte Ehe, die Frau als solche nicht die Genossin ihres Mannes«. Der Fall einer

erinnert sein, dass an der Gerichtsstätte der Galgen stand (die zahlreichen s. g. Galgenberge sind sämmtlich alte Malberge), so dass nach Friedberg's Ansicht die deutschen Brautleute es für besonders passend gehalten hätten, sich zur Trauung zum »Hochgericht« zu begeben. Natürlich kann man Vermuthungen nicht verbieten, aber mit ebenso viel, nämlich mit gar keinem Grunde hätte Friedberg auch vermuthen können, dass die Trauungen von den alten Deutschen gewöhnlich pünktlich Morgens 11 Uhr vorgenommen wären. So viel wir übrigens von der Localität der Trauung, bevor dieselbe ausschliesslich kirchliche Trauung wurde, wissen, deutet Alles darauf hin, dass wir uns die alte Trauung als Haustrauung (»intersunt parentes ac propinqui«) zu denken haben, wie ich schon Eheschliess. S. 158 bemerkt habe. Bei den Dithmarschen ward die Laientrauung (vor dem Kirchgang) auf der Hausdiele (»upper delen«) vollzogen, Dithm. Landr. von 1447 § 197, Michelsen S. 66. — Dass »Gemahl« den Versprochenen, Verlobten bedeutet, habe ich Eheschliess. S. 62 bemerkt.

[59]) Friedberg S. 21: »Verlöbniss und Trauung — haben somit zusammen eheschliessende Wirkung geäussert. Fielen sie aus einander, so wurde die Ehe nur durch die Traditio der Braut begründet, aber die Traditio begründete eine Ehe nur wenn die dotatio der Braut vorangegangen war, d. h. also im gewöhnlichen Falle, ein Verlöbniss«. In welcher Weise die »dotatio« anders als durch Verlöbniss erfolgen konnte, hat Friedberg nicht mitgetheilt. Ueber seine Ansicht, dass Verlobung und Trauung gewöhnlich zusammengefallen wären, werde ich unten handeln, Abschnitt II.

nicht rechtsgültig zu Stande gekommenen Ehe ist mit dem Fall mangelnder Verlobung identisch.[60]) Sollte ein schon bestehendes aussereheliches Verhältniss nachträglich in ein eheliches verwandelt werden, so geschah dies deshalb durch Nachholung der Verlobungsfeierlichkeiten. Besonders bekannt ist der schon oft angeführte Fall Karl's des Kahlen:

> Fragm. hist. Franc. (Duchesne II, p. 404): Item Karolus certo nuntio comperto, obiisse Ermentrudem uxorem suam, sororem Bosonis nomine Richildem mox sibi adduci fecit et in concubinam accepit. Qua de re eidem Bosoni abbatiam S. Mauricii cum aliis honoribus dedit. Item, in die festivitatis Septuagesimae praedictam concubinam suam Richildem desponsatam atque dotatam in conjugem duxit.

Die Verlobung unterscheidet die eheliche von der ausserehelichen Lebensgemeinschaft.

Die Verlobung ist das Kennzeichen der rechten Ehe. Ohne Verlobung keine Ehe.

Es ist doch in hohem Grade auffallend und direct Ausschlag gebend gegen die Lehre, welche in der Trauung die Eheschliessung finden will, dass keine einzige deutsche Quelle Ehe und Nicht-Ehe von der Vollziehung oder Nichtvollziehung der Trauung abhängig macht. Im Gegentheil ist gewiss, dass die Trauung (Uebergabe zur ehelichen Lebensgemeinschaft) ohne voraufgehendes Verlöbniss (Verkauf) und Witthumsbestellung (Versprechen des Kaufpreises) zur Entstehung einer rechten Ehe ebenso wenig genügte wie die Investitur

---

[60]) Z. B. Lex Alam. Hloth. 54: Si quis filiam alterius non sponsatam acciperit sibi ad uxorem — antequam illius mundium aput patrem adquirat. — Form. Roz. 130 (App. Marc. 52): femina aliqua, nomine illa, bene ingenua, ad conjugium sociavi uxore, sed — cartulam libellis dotis ad ea, sicut lex declarat, minime excessit facere, unde ipsi filii mei secundum lege naturalis appellant. Ebenso Roz. 261 (App. Marc. 53). Vgl. Roz. 219 ff. 241 ff. Die Verschreibung des Witthums (dos) bildet einen Bestandtheil des Verlobungsvertrags.

(oder Auflassung) ohne voraufgehenden Vertrag (Kauf-, Tausch-, Schenkungsvertrag) zum Erwerb des Eigenthums.[61]) Denn die Trauung ist, wie ich schon früher ausgeführt habe (Eheschliess. S. 91), ebensowenig ein Rechtsgeschäft wie die Investitur, weil sie, gleich der Investitur, lediglich Besitzübergabe ist. Die Trauung wirkt rechtlich nicht selbständig als ein besonderes zweites Rechtsgeschäft, sondern nur accessorisch als die Ergänzung und Erfüllung eines voraufgegangenen Rechtsgeschäfts, der Verlobung. Darum ist die Wirksamkeit der Trauung von der Gültigkeit der voraufgegangenen Verlobung abhängig, wie die Wirksamkeit der Investitur (Auflassung) von der Gültigkeit des voraufgegangenen Kaufs.[62]) Der Grund dieser Erscheinung sind die einander correspondirenden Thatsachen, dass die Investitur kein Eigenthumserwerbsgrund (wenngleich die Voraussetzung für die Vollendung des Eigenthums), und die Trauung keine Eheschliessung (wenngleich Voraussetzung für die Vollendung der Ehe) ist.

Der Kauf erzeugt auch nach deutschem Recht kein volles Eigenthum, sondern nur eine rechtliche Gebundenheit, aber nicht blos des Verkäufers, sondern der Sache; die deutsche Verlobung erzeugt ebenso keine volle Ehe, sondern nur eine rechtliche Gebundenheit, aber nicht blos des Contrahenten (Verlobers), sondern der Braut. Und diese dingliche Gebundenheit[63]) nennt die deutsche Rechtsauffassung

---

[61]) Richilde war nach der obigen Erzählung Karl dem Kahlen von ihrem Bruder (Vormund) übergeben worden, der deshalb auch reichlich belohnt ward. Nichtsdestoweniger kam keine Ehe zu Stande.

[62]) Vgl. oben S. 19. — Dass das römische Recht die entgegengesetzten Principien hat, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. So wenig hier ein voraufgehender Contract zur Gültigkeit der Tradition (Eigenthumsübertragung durch Besitzübertragung), so wenig gehört ein voraufgehendes gültiges Verlöbniss zur Gültigkeit der Ehe.

[63]) Friedberg S. 20 ist der Gegensatz von obligatorischer und dinglicher (unmittelbarer) Gebundenheit unbekannt. Er kennt nur einen Gegensatz von »strenger« und »laxer« Gebundenheit.

dort Eigenthum, hier Ehe, und wie im Vorigen gezeigt ist, hat das deutsche Recht die Consequenzen dieser Idee gezogen. Nicht blos dass die deutsche Rechtssprache die Eheleute Verlobte (nicht Getraute) nennt, auch die Rechtssätze der deutschen Quellen lassen keine andere Auffassung zu als die, welche Beginn und rechtliche Grundlage der Ehe bereits und nur in der Verlobung findet.

Zur Erleichterung des Verständnisses habe ich schon früher (Eheschliess. S. 92—100) darauf hingewiesen und zugleich dargethan, dass das deutsche Recht die Neigung hat, die verschiedenen Wirkungen der Ehe nach einander eintreten zu lassen. Das Resultat der Entwicklung ist bei einer Reihe von Stammesrechten, dass die eheliche Treue mit der Verlobung, die eheherrliche Gewalt mit der Trauung, die eheliche Standesgemeinschaft mit dem Beilager, das eheliche Güterrecht mit der Geburt eines Kindes eintritt. In welchem Moment nimmt denn hier die Ehe ihren Anfang? Auch die Trauung läfst nach diesen späteren Rechten noch keine vollwirksame Ehe entstehen. FRIEDBERG (S. 22) weiss trotzdem genau, dass, weil »die ehemännliche Vormundschaft[64]) auch später auf alle Fälle mit der Trauung beginnt, darum auch sie auf alle Fälle die Ehe begründet«. Die Gründe dieser seiner Erkenntniss hat er verschwiegen. Aus dem Vorigen ergiebt sich das Gegentheil als richtig. Die Verlobung, mit welcher die ersten Wirkungen der Ehe eintreten,[65]) ist nach deutschem Recht die Eheschliessung und damit der Beginn der Ehe. Die Trauung ist nur einer von mehreren Vor-

---

[64]) Angeblich ausserdem auch die »Gebundenheit«, vgl. die folgende Note.

[65]) Dass die Verlobung im späteren Recht eine schwächere Wirkung (nur eine »laxe Gebundenheit«) hervorbringe, wie FRIEDBERG (S. 21. 22) behauptet, habe ich schon oben (Note 25) widerlegt. FRIEDBERG schiebt mir S. 21 die Meinung unter, dass das Verlöbniss im späteren Recht »andere Wirkungen« als früher gehabt habe, während ich selbstver-

gängen, durch welche die thatsächliche Vollziehung der Ehe und zugleich die positive Vollwirksamkeit derselben herbeigeführt wird. Aus diesem Grunde ist die Wirkung der Trauung gerade so wie die Wirkung des Beilagers und die Wirkung der Geburt eines Kindes bedingt durch das Voraufgehen eines rechtsgültigen Verlöbnisses.

Die deutsche Trauung hat die Eheschliessung zur Voraussetzung. Die Verlobung ist die Eheschliessung, und die Trauung nicht Eheschliessung, sondern Vollzug der schon geschlossenen Ehe.

---

ständlich für das spätere Recht nur die gleichen Wirkungen des Verlöbnisses (Eheschliessung durch Erzeugung des ehelichen Treuverhältnisses) annehme.

II.

Das Zeitverhältniss von Verlobung und Trauung.

Der Grundirrthum, aus welchem die übrigen Irrthümer FRIEDBERG's hervorgehen, ist seine Idee, dass Verlobung und Trauung »zeitlich gewöhnlich und später fast immer zusammengefallen, in einen Act zusammengezogen worden sind und somit zusammen eheschliessende Wirkung geübt haben« (FRIEDBERG S. 21). Nach dieser Aeusserung muss man in der Geschichte der Verlobung zwei Perioden unterscheiden. In der ersten, älteren Periode fallen Verlobung und Trauung zeitlich »gewöhnlich«, in der zweiten fallen sie »fast immer« zusammen. FRIEDBERG versichert uns dabei, dass er sich »präciser als früher« ausdrückt, was allerdings richtig ist.[1]) Dennoch möge es ihm im Interesse seiner Leser gefallen, falls er sich noch einmal über diese Sache äussern sollte, sich noch präciser auszudrücken. Allerdings scheint eine andere Stelle (FRIEDBERG S. 22. 23) mehr Auskunft zu versprechen. Hier heisst es, dass wir »aus der Zeit, wo Trauung und Verlobung zusammenfallen, keine Verlobungsformulare mehr besitzen, die blos solche sind«. Hiernach würden die zwei Perioden sich dahin unterscheiden, dass in der zweiten Trauung und Verlobung »zusammenfal-

[1]) Ueber die frühere noch unpräcisere Aeusserung FRIEDBERG's s. Eheschliess. S. 89. 90.

len«, in der ersten sie also nicht zusammenfallen. Damit wäre allerdings ein klarer Gegensatz gegeben, aber der Leser, welcher FRIEDBERG's Autorität sich hingegeben will, geräth in die Verlegenheit, ob er dem FRIEDBERG auf S. 21 oder dem FRIEDBERG auf S. 22 Glauben schenken soll. Ueberdies soll nach der mitgetheilten zweiten Aeusserung die zweite Periode sich dadurch unterscheiden, dass sie keine Verlobungsformulare mehr besitzt, »die blos solche sind«. Dazu muss bemerkt werden, dass wir überhaupt nur zwei (weltliche) Verlobungsformulare dieser Art besitzen. Von diesen ist das eine angelsächsisch, aus dem 10. Jahrhundert, das andere italienisch, aus dem 10. oder 11. Jahrhundert.[2]) Aus Deutschland besitzen wir überhaupt kein einziges Verlobungsformular weder aus FRIEDBERG's erster, noch aus FRIEDBERG's zweiter Periode,[3]) so dass auch dieser Unterschied sich auf nichts reducirt, und die Schlussfolgerung (S. 23): »Wir haben kein Zeugniss mehr für solche Formalcontracte, weil sie abgekommen und die Verlobungsformalien auf den Trauact übertragen waren, und sie waren abgekommen, weil sie wirkungslos geworden waren,[4]) weil die negativen Wirkungen der Ehe aufgehört hatten«, sich von vorneherein als unbegründet herausstellt. Aus dem Folgenden wird überdies erhellen, dass wir die Beobachtung der Verlobungsformalien für die Verlobung direct nachzuweisen im Stande sind.

Die ganze Grundanschauung FRIEDBERG's ergiebt sich aber von vorneherein als verkehrt. In keiner Periode

---

[2]) Vgl. Eheschliessung S. 100 Note 60.

[3]) Dass die früher s. g. schwäbische und kölnische »Verlöbnissformeln« vielmehr Trauungsformeln sind, habe ich an den Eheschliess. S. 320. 321 angezogenen Stellen gezeigt.

[4]) Demnach wären die Verlöbnissformalien, weil sie »wirkungslos« wurden, nicht untergegangen, wie man erwarten sollte, sondern auf die Trauung übergegangen, welche auffallende Thatsache nicht näher erläutert wird.

sind Verlobung und Trauung weder »gewöhnlicher«, noch ungewöhnlicher Weise »zusammengefallen »und« zu einem Act zusammengezogen«. Die Verlobung ist begrifflich das Versprechen, dessen Erfüllung die Trauung ist. Daraus folgt, dass die Verlobung kraft ihres Wesens der Trauung zeitlich voraufgehen muss und bei ordnungsmässiger Eheschliessung (d. h. wo nicht der Verlobung schon ein Concubinat voraufgegangen war) immer voraufgegangen ist. Daher hat es denn auch bis auf heute eine Verlobung vor der Trauung gegeben. Und zwar trägt diese Verlobung während des ganzen Mittelalters und noch später die Formalien der Verlobung an sich. Diese Formalien sind, gemäss den von mir entwickelten Rechtssätzen,[5]) bald die Formalien des Realcontracts (arrha, Ring), bald die des Formalcontracts (Wette, Eid, Handschlag). Es sind dieselben Formalien, welche auch bei der Trauung angewandt werden, d. h. bei der wiederholenden Verlobungserklärung (der s. g. Erklärung des Eheconsenses), welche seit etwa dem 11. Jahrhundert bis heute das vorbereitende erste Stadium der Trauungshandlung bildet.

Werfen wir zunächst einen Blick auf die ältere Zeit, in welcher nach Friedberg S. 21 die Verlobung mit der Trauung »gewöhnlich« zusammenfiel. Es genügt ein Blick in die Quellen, um sich davon zu überzeugen, dass die Verlobung mit der Trauung niemals zusammengefallen ist. Ich will an das langobardische Recht erinnern, wonach von der Seite der Braut das Verlöbniss als aufgelöst behandelt werden konnte, wenn der Bräutigam seine Braut während zweier Jahre nicht heimführte,[6]) an König Theodebert, der seine rechtmässig verlobte Braut sieben Jahre lang sitzen liess (oben

---

[5]) Eheschliess. S. 24 ff. Uebereinstimmend jetzt Stobbe, Reurecht und Vertragsschluss nach älterem deutschen Recht (erster Theil), Leipziger Dekanatsschrift 1876.

[6]) Edict. Roth. 178.

S. 8). Schon früher[7]) habe ich auf die allein schon Ausschlag gebende Thatsache hingewiesen, dass die Formalien der Verlobung (die blosse Anzahlung oder Scheinzahlung von Seiten des Bräutigams, der Gebrauch der Wette u. s. w.) gerade dadurch veranlasst sind, dass die Verlobung ein Versprechen mit erst künftiger Erfüllung, d. h. mit erst künftig nachfolgender Trauung ist. Es bedarf aber keiner weiteren besonderen Beweise, da die sämmtlichen Quellenzeugnisse, welche im Vorigen benutzt sind, diese Thatsache darthun, dass die Verlobung, und zwar die formal rechtsgültige Verlobung ihre Stelle zeitlich vor der Trauung hat.[8]) Von dieser Voraussetzung gehen die Rechtssätze über Ehebruch der Braut, über Scheidung des Verlöbnisses, über Entführung der Braut, über Vindication der Braut, überhaupt das gesammte Verlobungsrecht aus. Oder sollte Friedberg meinen, dass die Sponsalien, auf Grund deren die Braut nebst ihrem Entführer zum Tode verurtheilt werden konnte, deren Lösung in der oben geschilderten Weise erschwert war, welche den Bräutigam zur Einklagung der Braut (oder des Schadensersatzes) auch gegen den Dritten berechtigten, nur formlose, d. h. rechtlich ungültige Sponsalien gewesen wären? Die Behauptung, dass Verlobung und Trauung »gewöhnlich« in einen Act zusammengezogen seien, ist nicht blos dem Begriff der Verlobung, sondern direct den Quellen gegenüber geradezu unmöglich.

Aber ganz ebenso ist es in der späteren Zeit, wo »fast immer« (nach Friedberg) die (formale) Verlobung mit der Trauung zusammengefallen sein soll. Genau dieselben Formalien (des Real- oder des Formalcontracts, insbesondere der Ring und der Handschlag), welche seit etwa dem 11.

[7]) Eheschliess. S. 100.

[8]) Ausnahmsfälle waren, wie schon bemerkt, nur Fälle der oben S. 34 besprochenen Art, wo eine Concubine nachträglich zur Ehefrau gemacht ward.

Jahrhundert bei der in Verlobungsform abgegebenen, der Trauung unmittelbar voraufgehenden Consenserklärung begegnen,[9]) werden ebenso bei der früher der Trauung voraufgehenden Verlobung, d. h. bei der eigentlichen Verlobung, angewandt. Darauf gründet sich meine Ausführung, dass jene bei Gelegenheit der Trauung begegnende formale Verlobungsconsenserklärung nur eine Wiederholung der schon voraufgegangenen ebenso formalen Verlobungshandlung ist und daher rechtlich keinerlei selbständige Wirkung, sondern nur declaratorischen Werth hat, lediglich eine »Bestätigung«, »Oeffnung« oder »Bezeugung« (so heisst es im 16. Jahrhundert) der schon früher rechtsverbindlich abgegebenen Willenserklärung bedeutet.[10]) Diese meine Behauptung bezeichnet FRIEDBERG abwechselnd als »ganz willkürlich« und »ganz beweislos« (S. 22). Der Leser muss in ein gewisses Grauen ob meiner Kühnheit im Behaupten gerathen. Weil FRIEDBERG den Ausdruck »ganz beweislos« gebraucht, will ich doch bemerken, dass ich nicht weniger als achtunddreissig Beweisstellen (welche sich sehr leicht noch weiter vermehren lassen) beigebracht habe, aus denen die obige Thatsache hervorgeht: die Identität der Formalien, welche bei der eigentlichen Verlobung vor der Trauung und bei der (also blos wiederholenden) Verlobung unmittelbar zum Zweck der Trauung gebraucht werden.[11]) Zugleich ergiebt sich damit auch an dieser Stelle die Behauptung, dass die Verlobungsformalien abgekommen und nur noch beim Trauact erhalten seien (FRIEDBERG S. 23), als durchaus grundlos. Die Verlobungsformalien erhielten sich, und zwar für die Verlobung,

[9]) Vgl. Eheschliess. S. 104. 105.

[10]) Vgl. Eheschliess. S. 105. 217—220.

[11]) Vgl. Eheschliess. S. 48 Note 49. S. 49 Note 53. S. 57 Note 77. S. 127 Note 37. Diese Stellen stammen zum Theil aus dem Corpus Juris canonici, welches FRIEDBERG doch kennt. Das gleiche Resultat ergeben die Kirchenordnungen des 16. Jahrhunderts, Eheschliess. S. 211. 212. 217—220.

welche **nicht** mit der Trauung zusammenfällt, traditionell sogar bis in unsere Zeit, obgleich das mittelalterlich-canonische Recht keinerlei Werth auf dieselben legte, lediglich in Folge der Lebenskraft des altüberlieferten deutschen Verlobungsrechts.

Aus dem Folgenden wird erhellen, dass FRIEDBERG einen besonderen Werth auf den Nachweis nicht blos eines formal, sondern eines »öffentlich« geschlossenen Verlöbnisses legt. Die Oeffentlichkeit war keineswegs ein Erforderniss der Rechtsgültigkeit des Verlöbnisses.[12]) Nichtsdestoweniger ward thatsächlich das Verlöbniss regelmässig auch mit dieser Solennität, vor Zeugen und Nachbarn, vollzogen. Da FRIEDBERG, wie bemerkt, auf diese Oeffentlichkeit besonderen Werth legt, will ich einige Zeugnisse, welche zugleich zur Veranschaulichung des Vorigen dienen mögen, zusammenstellen.

Besonders lehrreich ist der Bericht, welchen NEOCORUS in seiner Chronik des Landes Dithmarschen von den Verlobungs- und Hochzeitsfeierlichkeiten der Dithmarschen giebt.[13]) NEOCORUS schrieb bekanntlich um 1600. Doch tragen die von ihm dargestellten Gebräuche das Gepräge hohen Alters an sich, so dass wir sie unbedingt (und das Folgende wird die Bestätigung erbringen) in das Mittelalter zurückdatiren können. NEOCORUS selber versichert,[14]) dass sie »van undenklichen Jahren hero und thom weinigsten unwedderspręcklich van Carolo M. im Schwange und Gange gewesen«. Das Charakteristische, wodurch zugleich das Ganze sein alterthümliches Gepräge empfängt, liegt in der Langsamkeit und formalen Schwerfälligkeit des Verfahrens. Es ziemt sich

---

[12]) Die Erfordernisse des Verlöbnissvertrags hat FRIEDBERG jetzt aus meiner Arbeit kennen gelernt. Er wird aus seiner im Wesentlichen richtigen Wiedergabe derselben (S. 7 ff.) selber entnehmen können, dass die Oeffentlichkeit unter denselben nicht begegnet.

[13]) Ausgabe von DAHLMANN I, S. 100 ff.

[14]) A. a. O. S. 102 a. E.

nicht, dass die Braut sofort dem Werber zugesagt werde, noch ziemt es sich, dass die jungen Leute selber ohne Wissen der Eltern die Verlobungsangelegenheit in die Hand nehmen. Eine ganze Reihe von Stationen und Geduldsprüfungen muss der Bräutigam durchmachen, ehe die Erkorene ihm zugewilligt wird.

Das erste Stadium ist die Werbung. Sie wird nicht vom Bräutigam selber, sondern von »Werweslüden«, durch zwei seiner »guten Freunde« oder durch seine Eltern bei den Eltern der zu Werbenden angebracht. Hier erfolgt, und zwar erst »nha langer Underreding«, nicht eine Antwort, sondern nur die Bestimmung eines Tags, an welchem wiederum »Ansuchung« geschehen soll.[15]) Die Zwischenzeit muss vom Bräutigam und seinen Freunden zur fleissigen Werbung (»vlitig ankloppen«, »Ehre beden«) bei der Braut und deren Angehörigen benutzt werden, wobei Niemand, der »am Geringsten« auf die Sache Einfluss hat, zu übersehen ist, damit er sich nicht für verachtet und nicht »darum angesprochen« halte und die Sache hindere. Zum angesetzten Termin erscheinen abermals nur die Boten des Bräutigams, welche »ehrlich empfangen« und wiederum erst nach »geplegter Handeling« nicht die Antwort bekommen, aber jetzt die Bestimmung eines Termins für die »Bekenntniss«, d. h. endlich für die Antwort auf die Werbung. Nochmals eine Zwischenzeit, in welcher die Sache »verner vlitig underbuwet« wird. Endlich kommt der Tag der »Bekenntniss« heran (der dritte Termin):

> »Unnd geschicht de Bekenntnisse den also: dat de Vader edder de negeste Blottfrundt eine *versche Eschenschale*, dar nuwerle thovoren Beer innege-

[15]) Nur eine symbolische Antwort wird an diesem Tag gegeben. Eine an der Hausthür, zu der die Boten hinausgehen, stehende Schaufel bedeutet, dass die Werbung abgelehnt wird, daher sorgt man andernfalls dafür, dass nicht von »ohngefehr« eine »Schuffel oder dergeliken« an der Thür steht, a. a. O. S. 104.

wesen, uth einer frischen Kannen vol schenken leth unde darmit dem Brudegem sulvest, edder dar he nicht jegenwardig, einem Andern an siner Stede de Brudt im Namen der Hilligen Drefoldicheitt bekennet tho einer volgenden Ehe, im Fall men sick verner der Saken vorgeliken und einss werden konne. Wan solches gescheen unde vortgegaen, werd stattlich angerichtet, geteret unnd offt bett an den hellen Morgen gezechet.«[16])

Die »Bekenntniss« ist, wie aus dem Vorstehenden sich ergiebt, noch nicht die Verlobung (aus diesem Grunde ist der Bräutigam auch jetzt noch nicht nothwendig zugegen), sondern nur erst die feierliche Antwort auf die erste Anwerbung, auf welche ja noch immer eine Antwort überhaupt nicht ertheilt ist: die Antwort nämlich, dass man bereit sei sich auf Unterhandlungen einzulassen. Aus diesem Grunde wird die Braut nur unter der Bedingung zur Ehe »bekannt«, falls man sich über die Sache vergleichen und eins werden könne. Daher bedarf es noch der Ansetzung eines Termins für die Verlobung, welche entweder am Bekenntnisstage selbst oder noch erst später geschieht. Die mitgetheilte Stelle fährt fort:

»Im Valle nun nicht alssbalt dess Avendes ein Dag uthdrücklich thom Gelöffte beschlaten wertt, dohen der Brudegam und sine Frunde hernha darumme vlitige Ansökinge, dat se densulven erlangen unde weten mögen.«

Damit kann die Sache sich ein Jahr, auch wohl anderthalb, ja »nha Gelegenheit« zwei ganze Jahre hinziehen, und das hat man absichtlich »van Oldingess hero« so gehalten, damit man sich »fin undereinander bereden unde wolberaden möge unnd also nichtess unbedacht, lichtferdig unnd ahne guten Radt unde hogess Bedenken in solchen hogen Dingen,

---

[16]) A. a. O. S. 105.

daran beidersidtss Wolffartt, Gedien und Selicheit angelegen, vorgenommen werde: sonder ock unnd allermeist darumme, dat men den rechten Ertzstiffter des hilligen Ehestandes, Gott den Almechtigen, ernstlich unnd veelfoldig bidde, dat desulve, dar is dorch sine Vorsehinge einen Vortgang gewinne, solcke Ehe tho aller Beider tidtlichen unnd ewigen Wolffartt gelangen unde gedien late; edder ock, dar is ehnen nicht nutte unde selig, so vele dartwischen kamen late, dar ist noch im Rade stehe, datt ist vorhindert unnd affgeschaffet werde.«

Zur angesetzten Zeit erfolgt dann das »Gelübde«, d. h. die Verlobung:

> »Up erlangter unde bescheidener Tidt, holden unde schicken sick beide Parte thom Gelöffte, bidden ehre Frunde unde andere gude Luede, so se gerne darbi hebben, erschinen am benömeden Orde, itt si in einem Huse, edder wo nun an etlichen Orden am meisten gebrucklich, in der Kerken, umd nha Erorteringe aller vorlopener Hendele, bereden se sick verner, der Uthredinge, Brudtwagen, Brudtschatt, Medegiffte, unde wat demsulven bifellig, wo it up vormottlichen Dodtfall beides Deless schole geholden werden. Wan solchess vorgeliket und bigelecht, danket mit fruntliker Ehr unnd Handbeding de Brudegam und sin Bistant der Brutt Frunde unde Affgeferdigede, unnd beide Dehel vorvögen sick gemeinichlik thosamen in eines Werdes Huss, dar de Vordrach in de Kerken gescheen; iss averst solches in einem Huse thogegaen, bliven se dar. Unnd geitt den de Lövede-Beker, dieser Gestalt, dat avermals de Vader edder de Vedder edder de negeste Blottfrundt eine nie eschene Schale edder Beker uth einer frischen Kannen Beer unde frischen Tunnen volschenken leth, dat it wil averstriken, unde darin dem Brudegam sine Dochter

edder vorwante Frundinne thodrinket: Im Namen des Vaders, des Sohnes unde des Hilligen Gestes! de ehn den bescheiden deith, darnha wertt desulve einem jedern Anwesenden dorch einander volgeschenket unde mott ein Jeder demgeliken ehn gar up den Bodden leddigen. Itt wahret averst de Brudegam den Beker gar genow, wor desulvige blifft, up datt he nicht vorstecken edder vorwesselet werde, unde wen he gar herumme gegangen, nimbt de Brudegam den wedder tho sick, edder wertt ehm wedder thogedrunken, vorwharet ehn unnd merket ehn up den Bodden edder baven in der Circumferentz und Rande, up dat he hernha tho keinen andern Gescheftten gebruket werde. De Ohrsacke averst, warumme de Brudegam den Beker so genowe achtet unde vorwharet, iss nevenst dem, datt ehme keine Schalkheit, wo dan van gottlosen Lüden wol geschicht, dar mit bigebracht werde, sonderlich dise, dat he densulven der Brutt up den Avent mit einem stattlichen Ehren-Penning, an dem Orde dar se iss, bringe unnd thodrinke. Iss averst de Brutt in demsulven Huse, dar dat Gelöffte geschicht, kumbt de nun allererst thom Vorschine int Gelach, dorch ehre Moder, Schwegerschen, Werdinnen unnd noch eine Fruwen ingeleidet unnd entfenget den Beker, wo tho vorne gemelt, lecht unde vorschlutt densulvigen gar flitigen in ehre Kisten edder Laden. Wen nun solche Dinge vorrichtet, wertt upgedecket unnd up der Brutt unde Brudegammes Unkosten wolgeterett, offt usque ad stellam crastinam matutinam, alss Plautus redet unnd wo de Ditmerschen singen: de leve gantze Nacht beth an den lichten Morgen. Unnd im Afftoge wert an etlichen Orden dem Brudegamme unde sinen Bistande eine schoner roder Banner vorehret, den se mit Frewden unde Gesange

wedder tho ehrem Heime vören unde darmit triumpheren.«[17])

Wir unterscheiden deutlich zwei Acte, aus denen die Verlobungshandlung sich zusammensetzt. Der erste ist rein geschäftlicher, der zweite rein solenner Art. Der erste enthält den »Vertrag«, die beiderseitige Vereinbarung auf Grund der vorher geführten Verhandlungen, insbesondere über die vermögensrechtliche Seite der Ehe, über die Aussteuer, (»Ausradung, Brautwagen, Brautschatz, Mitgift«) und über die Verhältnisse auf den Todfall (in den Zuwendungen an die Braut von Todeswegen ist jetzt das Witthum enthalten). Dieser »Vertrag« pflegt »an etlichen Orten« in der Kirche abgeschlossen zu werden. Dann folgt der zweite Act: die Solennität des »Verlobungsbechers«, zu der man, falls der Vertrag in der Kirche geschlossen war, sich in ein Privathaus begiebt. Der Verlobungsbecher bedeutet das Trinken des »Weinkaufs«, wie es in Süddeutschland heisst, an dessen Stelle in dem weinarmen Norddeutschland ein Biertrunk tritt,[18]) d. h. historisch, das Vertrinken des Handgeldes, welches der Bräutigam als Käufer der Braut anzahlen muss: die empfangene Leistung wird sofort verthan, um auszudrücken, dass sie eine blosse Scheinleistung ist.[19]) Dieser historische Hintergrund war den Dithmarschen im 16. Jahrhundert selbstverständlich bereits in Vergessenheit gerathen, aber der Verlobungsbecher selber war geblieben, eine Solennität, welche jetzt mit einem feierlichen »Zutrinken« und Versprechen der Braut sich verbindet, aber einst bedeutete, dass der Verlobungscontract zu seiner Gültigkeit die Form des Realcontracts forderte. Nichtsdestoweniger tritt das alte Verlobungshandgeld noch in unserer Schilderung neben dem Lobelbier auf. Wir finden es hier in dem »stattlichen

[17]) A. a. O. S. 106. 107.

[18]) Vgl. das »Lobelbier«, Eheschliess. S. 31.

[19]) Eheschliess. S. 30.

Ehrenpfennig«, welchen der Bräutigam nebst dem Becher der Braut, die nach abgeschlossener Verlobung erscheint, überbringt. Die Braut nimmt jetzt das Handgeld entgegen, nicht mehr, wie einst, der Gewalthaber der Braut, weil, der Entwicklung des späteren Rechts entsprechend, die Braut, welche jedoch bei den eigentlichen Verhandlungen, der Sitte gemäss, von ihren Anverwandten vertreten wird, als das eigentliche Subject des Verlobungsvertrags gedacht wird.[20])

Mit dem »Gelübde« ist das Rechtsverhältniss, und zwar das eheliche Verhältniss,[21]) zu Stande gekommen. Daher kehren sich nun die Rollen um. Der Bräutigam, der bisher, wie Neocorus sagt, der Braut und ihren Angehörigen hat »in die Hände sehen müssen«, führt jetzt die entscheidende Stimme, »wenn nicht ganz, so doch etwas mit«, und »bestemmet demna nu sulvest, doch mit Bewilligung dess anderen Deless, einen Dag, an welchem he sine leeffliche unde loffliche Brudt endtfangen unde Koste holden möge«. Das heisst: der Tag der Trauung und Hochzeit wird nun vom Bräutigam, nicht (wie der Verlobungstag) von der Braut oder

[20]) Vgl. den Artikel »Von Vorloffnissen« bei Neocorus II, S. 130: »dat iss awerst ein apenbar Vorlovinge, wenner de Brudt gefordert, friwilligen thom Frier ja secht —«. Nur bei den Dithmarschen auf den Marschen an der Mündung der Elbe fand Neocorus noch den Gebrauch, dass die Töchter »ohne Brautschatz« verlobt und verehelicht werden, und der Bräutigam dem Gewalthaber der Braut soviel zahlt, »alss under ehnen bewilligt und belevet worden«. Bei denselben Dithmarschen hatte sich auch noch die Zurücksetzung der Weiber in der Immobilienerbfolge erhalten. A. a. O. S. 109.

[21]) Vgl. den mit der Schilderung des Neocorus genau übereinstimmenden amtlichen Bericht, welchen Rive, Vormundschaft II, 1. S. 111. 112, mittheilt, wo es zum Schluss heisst: »wird darauf öffentlich lautbar und ruchtig gemacht, dass also ein eheliches Gelübde vollzogen sei. Wenn also solche solennitatem, wie oben genannt, vollzogen, ist und bleibt solches eine rechte, beständige vollkommene Ehe und kann ausserhalb des Todes nicht wiederum retractiret oder widersprochen werden«. Ebenso die Eheordnung v. J. 1543 c. 2 (Michelsen, Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen S. 191).

deren Angehörigen bestimmt, denn der Bräutigam hat jetzt nicht mehr nur zu hoffen, sondern zu fordern. Die Braut ist bereits die seine geworden durch die Verlobung, und er fordert den Trauungstag wie der Eigenthümer den Besitz seiner Sache. Die gleiche Sitte sehen wir auch für die alte Zeit direct bezeugt,[22]) zum Zeichen dessen, dass nicht die Trauung, sondern die Verlobung die Eheschliessung ist. Der Bräutigam ist nach der Verlobung der Herr des Verhältnisses, weil durch die Verlobung bereits das eheliche Bündniss erzeugt ist, und die Trauung nur die Ausführung der bereits begründeten Ehe bedeutet. Die Trauung erfolgt wie Neocorus hervorhebt, nach zweimaligem Aufgebot von der Kanzel an einem Sonntag in der Kirche, wo sie »van den Pfarrherrn dorch Gottes Wortt thosamen vorbunden unde gesegenet« werden. Erst am Donnerstag nach der kirchlichen Trauung aber erfolgt die Heimführung der Braut mit dem »Brautwagen« in das Haus des Bräutigams.[23])

Die detaillirte Erzählung des Neocorus setzt ausser Zweifel, dass die Verlobung der Trauung zeitlich voraufgeht, dass ferner diese der Trauung voraufgehende Verlobung eine feierliche, mit den Formalien des alten Rechts ausgestattete, und zugleich eine öffentliche vor Zeugen und Freunden, häufig in der Kirche vollzogene Handlung ist.

An der Hand dieser Schilderung gewinnt aber ferner eine Reihe von anderen älteren Zeugnissen gleichfalls Anschaulichkeit und Farbe.

Ein Fall aus Wetzlar, aus der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts, ist uns besonders eingehend berichtet.[24]) Der

---

[22]) Wenn der Bräutigam seine Braut zwei Jahre nicht heimführt (»uxorem accepere neclexit»), kann das Verlöbniss aufgelöst werden, Edict. Roth. 178. Dasselbe erhellt aus dem schon öfter angezogenen Fall des Frankenkönigs Theodebert.

[23]) A. a. O. S. 110 ff.

[24]) Auf die im Folgenden benutzten beiden Urkunden hat eine anonyme Schrift aufmerksam gemacht: Von den Formen der Ehe-

Stadtpfarrer von Wetzlar verlangte, dass die »desponsationes« der Bürgerkinder in seinem Hause (»ad hospicium ejus«) und in seiner Gegenwart vollzogen würden, und störte dadurch »consuetudinem ab antiquis temporibus observatam«, wonach diese Verlobungen in den Häusern der Bürger oder vor denselben auf der Strasse oder an andern schicklichen Orten (»in domibus vestris, vel ante, aut locis aliis decentibus vel honestis«) zum Abschluss gebracht wurden. Auf Beschwerde der Bürgerschaft entschied der Erzbischof von Trier durch Erlass an die Stadtgemeinde vom 3. April 1281:

> toleramus et concedimus, ut in domibus vestris vel ante vel aliis locis decentibus et honestis aut in ecclesia vel ante advocato sacerdote et in ejus presencia et aliorum fidedignorum desponsationes puerorum vestrorum facere valeatis. Ita tamen quod matrimoniales non conjungantur nisi prius fiant tres monitiones sollempnes seu banni aut edicta ut moris est diebus dominicis aut festivis —.

Die desponsatio soll nicht im Haus des Pfarrers, wie dieser verlangt hatte, sondern an irgend einem schicklichen Orte oder auch in der Kirche geschehen dürfen. Die Anwesenheit des Pfarrers soll wahrscheinlich gleichfalls für nicht obligatorisch erklärt werden, doch ist hier der Wortlaut zweideutig und lässt auch die entgegengesetzte Auffassung zu. Der letztere Umstand war es augenscheinlich, welcher zu weiterem Streit Anlass gab. Der Pfarrer gab den Anspruch, dass die Verlobung im Pfarrhaus vollzogen werde, auf, forderte aber nach wie vor, dass er zur Verlobung zugezogen werde und dieselbe vollziehe. Die Bürgerschaft fand sich wiederum beschwert, insbesondere weil nun jede Abwesenheit des Geistlichen die Verlobung verhinderte oder doch verzögerte. Dadurch ward der Erzbischof zu einer zweiten Ver-

schliessung im Mittelalter, Homburg v. der Höhe, 1874. Die Urkunden sind daselbst gedruckt S. 12. 13.

fügung vom 15. October 1283 veranlasst, die an den Pfarrer adressirt ist und durch welche die Sache unzweideutig erledigt ward:

> Tuorum parochialium intimatione intelleximus, quod matrimonia sive sponsalia inter quoscunque in tua parochia conditionata[25]) inpedias — nisi te mediante et per te sponsa sponso sollempniter copuletur; verum cum propter tuam absenciam hujusmodi sollempnitates, que magis consistunt in facto quam in jure, aliquotiens inpediantur seu retardantur, supplicaverunt nobis tui parochiales, quod predictas sollempnitates quae vulgariter Kauf dicuntur, quas sollempnitates predicti parochiales ab antiqua consuetudine inter se facere consueverunt, nullo sacerdote sive plebano mediante, et tibi eciam per hujusmodi sollempnitates nichil lucri seu utilitatis accrescat, sed potius labor et onus, currendo de domo ad domum ubi fieri debent sollempnitates predicte. — — mandamus, quatenus predictos tuos parochiales hujusmodi sollempnitates que modicum juris vel vigoris inportant, inter se facere permittas secundum observatam consuetudinem ab antiquo, hoc adhibito moderamine, quod tua denunciatio sive proclamatio antequam aliqua matrimonia contrahantur, in parochiali ecclesia publice facta procedat — hoc adjecto, quod quando sponsus et sponsa venientes ad ecclesiam, ut per te more solito intronizentur, ut tunc ipsam sponsam sponso copules cum verbis et sollempnitatibus, quas prius facere solebas in domibus et plateis.

Zwei Handlungen werden unterschieden: Verlobung und Trauung, und beide Handlungen sind feierlich. Die Trauung

---

[25]) D. h. verabredet, bedingt im deutschen Sinn des Worts.

ist kirchliche Trauung, und zwar more solito.[26]) Ueber die kirchliche Trauung ist kein Streit, sie gilt vielmehr als selbstverständlich.[27]) Streitig ist nur die Form der Verlobung. Die Verlobung hat ihre »Solennitäten«. Sie ist ein besonderer förmlicher Act, der nicht blos durch das Ja der Brautleute, sondern an einem besonders dazu angesetzten Termin (eben so wie Neocorus von den Dithmarschen erzählt) unter Zuziehung von Zeugen und Freunden zu Stande gebracht wird. Dadurch wird die Anforderung des Pfarrers verständlich, dass er zur Verlobung hinzugezogen werde. Die Verlobung ist in Wetzlar nicht kirchlich.[28]) Sie pflegt im Haus oder auch auf der Gasse (»in domibus et plateis«) vollzogen zu werden, und der Pfarrer, der seinen Anspruch, das Pfarrhaus zur Verlobungsstätte zu machen, hatte fallen lassen müssen, ist in Folge dessen jetzt genöthigt, zum Zweck der

---

[26]) Der Ausdruck »inthronizari« begegnet auch sonst für die kirchliche Trauungsfeier, vgl. z. B. die Eheschliess. S. 168 Note 32 angeführten Stellen aus dem Augsburger geistlichen Urtheilsbuch.

[27]) Entsprechend den, Eheschliess. Abschnitt V, S. 153 ff. entwickelten Resultaten, während Friedberg früher die Ansicht vertreten hat, dass die »kirchliche Form« erst (Friedberg sagt »schon«) »im 14. Jahrhundert mehr und mehr auch in das Volksbewusstsein eindrang«, vgl. Eheschliess. S. 179. Ich habe a. a. O. gezeigt, dass die kirchliche Feier bei Eingehung der Ehe vielmehr zu den ältesten volksthümlichen Gebräuchen zählt, welche die christliche Kirche kennt, während Friedberg die gleiche Ansicht Kliefoth's als einen »leicht zu widerlegenden Irrthum« bezeichnen zu dürfen meinte. Weil die kirchliche Handlung in der Sitte des Volks längst festgewurzelt war, hat sich seit dem Beginn des 13. Jahrhunderts, wo die Trauung durch den gekorenen Vormund aufkam, die Trauung spontan, ohne dass die Kirche allgemeinere Massregeln ergriffen hätte, in eine Trauung durch den Geistlichen verwandelt, neben welcher die Laientrauung zwar noch vorkommt (wie mehrfache provinzielle Verbote derselben zeigen), aber doch die Ausnahme bildet. Auf die kirchliche Trauung in der Erzdiöcese Trier (mit Verbot der Laientrauung) bezog sich das Concil. Trevir. a. 1227, Eheschliess. S. 166 Note 30.

[28]) Obgleich der Erzbischof in seinem ersten Erlass an die Kirche als eine gleichfalls passende Stätte für die Verlobung erinnert hatte.

Verlobungen »von Haus zu Haus« sich zu bemühen. Die Feierlichkeiten der Verlobung tragen den Namen »Kauf«. In Wetzlar ist, ebenso wie anderwärts in Deutschland, die Erinnerung noch lebendig, dass der Verlobungsvertrag einst ein Kaufvertrag war.[29]) Wir ersehen zugleich, dass diese »von Alters her« in Wetzlar übliche Feierlichkeit ihren Mittelpunkt in der Zahlung des »Kaufs«, d. h. in der Zahlung des Hand- oder Haftgeldes (arrha) fand.[30]) Die Verlobung ward als Realcontract geschlossen. Die Leitung der Feierlichkeit hatte eine Ehrenperson, welche die Brautleute »feierlich copulirte«, d. h. den Verlobungsvertrag zwischen ihnen abschliessen half durch Fragen nach dem Consens, Herbeiführung seiner Form und »Bestätigung« der geschehenen Willenserklärung.[31]) Der Stadtpfarrer von Wetzlar verlangte, diese Ehrenperson zu sein, ein Begehren, welches ihm, wie wir aus obigem Erlass ersehen, auf Antrag der Bürgerschaft vom Erzbischof abgeschlagen wurde. Denn »von Alters her« hatte man in Wetzlar solche Verlobungssolennität ohne Geistlichen und Stadtpfarrer vollzogen. Zur Beruhigung des eifrigen Geistlichen sucht der Erzbischof die Bedeutung des ihm entzogenen Actes herabzusetzen. Er habe ja keinen Vortheil, sondern nur »Mühe und Arbeit« davon, und jene Feierlichkeiten, welche die guten Bürger von Wetzlar so hoch halten, bestehen ja »magis in facto quam in

---

[29]) FRIEDBERG S. 9 meint, in Hinblick auf andere Zeugnisse, dass mit dem Erhalten des Wortes »Kauf« oder »kaufen« auch die Erhaltung des Wesens des Kaufvertrags bewiesen ist.

[30]) Man vgl. das Zeugniss aus Mecklenburg aus dem 18. Jahrhundert, Eheschliess. S. 57 Note 77 a. E.: Herzog Ulrich hatte 1592 einen »Habbeschilling« (d. h. Haftschilling) prägen lassen, zum Gebrauch bei Verlobungen, im Werth von »drei Sechslingen«. Daher hatte man noch im 18. Jahrhundert das Sprichwort: »dre Sössling is de olde Koop«, d. h. der alte Kauf, das Haftgeld, womit die Braut »gekauft« wird, beträgt drei Sechslinge (gleich 10 Pfennig Reichswährung).

[31]) So z. B. bei der kirchlichen Verlobung durch den Pfarrer, wie sie uns aus Strassburg vom Ende des 16. Jahrhunderts berichtet wird, Eheschliess. S. 210 ff.

jure«, und haben nur »modicum juris vel vigoris«. Damit ist nicht etwa die rechtliche Irrelevanz der Verlobung als solcher, wovon ja keine Rede sein konnte, sondern nur die rechtliche Irrelevanz der »sollempnitates« gemeint. Auf diese Feierlichkeit des »Kaufs« kommt ja (so tröstet der Erzbischof) rechtlich nichts an, weshalb willst du dich dazu drängen!? Das Verlöbniss war eben nach canonischem Recht auch als ganz formloses Verlöbniss gültig, und, wie anderweitig, so erhielten sich auch in Wetzlar die altherkömmlichen Verlobungsformalien, obgleich sie vom canonischen Recht ignorirt wurden. Der Pfarrer soll also ruhig geschehen lassen, dass die Verlobungen von den Bürgern ohne seine Gegenwart vollzogen werden. Aber, wenn es nachher, nachdem das dreimalige kirchliche Aufgebot erfolgt ist, zur kirchlichen Trauung kommt, dann:

> sponsam sponso copules cum verbis et sollempnitatibus,
> quas prius facere solebas in domibus et plateis.

Ein directeres Zeugniss für die im Vorigen aufgestellten Sätze ist unmöglich. Kommt es zur Trauung, so soll der Pfarrer nün die Verlobungsfeierlichkeiten vollziehen, die Feierlichkeiten, welche er bisher, so lange er auch die Verlobung für sich in Anspruch genommen hatte, »in den Häusern und auf den Gassen« vorgenommen hatte. Mit anderen Worten: die Verlobungsfeierlichkeit soll dem Pfarrer für die eigentliche Verlobung genommen sein, aber er soll sie in die Trauung hineinziehen dürfen. Wenn es zur Trauung kommt, so vollzieht der Pfarrer zunächst die Verlobungssolennitäten, und zwar genau dieselben Verlobungssolennitäten, welche vorher bereits »in Häusern oder auf den Gassen«, aber nicht vor dem Pfarrer, beobachtet sind. Die Verlobungsconsenserklärung, welche einen vorbereitenden Bestandtheil der Trauungshandlung bildet, ist die Wiederholung der Verlobungssolennitäten, welche bei der voraufgegangenen wirklichen Verlobung bereits einmal in

gleich feierlicher Weise beobachtet worden sind, hat also nicht reale, sondern lediglich formale, declaratorische Bedeutung.

Ein drittes Zeugniss führt uns noch weiter, in das 6. Jahrhundert, zurück. Es ist die bekannte Geschichte von dem Aergerniss im Kloster der heil. Radegunde zu Poitiers (i. J. 590), welche Gregor von Tours [32]) uns überliefert hat. Die aufsässigen Nonnen haben gegen ihre Aebtissin unter Anderm auch vorgebracht, dass »etiam et sponsalia in monasterio facta sint«. Die Verantwortung der Aebtissin auf diese Beschuldigung lautete:

> De sponsalibus quoque ait (abbatissa), coram pontifice, clero vel senioribus pro nepte sua orphanula arrhas accepisse — et tamen nec tunc convivium in monasterio fecerit.

Wie bei den Dithmarschen im 16., bei den Wetzlarern im 13., so ist bei den Salfranken im 6. Jahrhundert die Verlobung eine feierliche und öffentliche Handlung, zu der »Bischof, Geistlichkeit und die Häupter der Stadt« [33]) geladen werden, um Zeugen zu sein, wie das Verlobungshandgeld (arrha) entrichtet wird. Nur die Rücksicht auf die klösterliche Stätte verbietet, dass, wie sonst gebräuchlich (und auch von Neocorus berichtet wird, und bei den Wetzlarern wird es schwerlich anders gewesen sein) an die Verlobungsfeier ein Verlobungsschmauss (»convivium«) sich anschliesst. Das Geräusch und die Festlichkeit, welche sonst notorisch mit einem Verlöbniss sich verbindet, verleiht dem Vorwurf der Anklägerinnen, dass »etiam et sponsalia« im Kloster vorgefallen seien, seinen Hintergrund.

Jetzt erinnere ich nur noch daran, dass nach zahlreichen anderen Zeugnissen nicht blos aus dem 16. Jahrhundert und

---

[32]) Greg. Tur. X, 16.

[33]) Wie aus dem Folgenden sich ergiebt, war auch der Graf Macco von Poitiers zugegen, und zahlte dieser im Namen des Bräutigams das Verlobungshandgeld von 20 solidi.

aus der noch späteren Zeit,[34]) sondern ebenso aus dem 15., 14., 13. Jahrhundert,[35]) für die Verlobung kirchliche Form oder doch ihre Begehung vor Zeugen und Freunden herkömmlich, ja vereinzelt (namentlich später) obligatorisch war.

Sollte Friedberg noch der Ansicht sein, dass die förmliche öffentliche Verlobung »gewöhnlich und später fast immer« mit der Trauung »zusammengefallen« sei, dass die Verlobungsformalitäten »abgekommen waren, weil sie wirkungslos geworden waren«?

Vom 6. bis in's 16. Jahrhundert, d. h. während des ganzen Mittelalters, ist die Verlobung, und zwar die der Trauung voraufgehende Verlobung ein förmlicher und zugleich, ordnungsmässiger Weise, öffentlicher Act. Der Wichtigkeit der Verlobung, der eheschliessenden Rechtskraft, welche sie besitzt, entspricht die Feierlichkeit und umständliche Strenge, welche sich mit derselben verbindet. Die Verlobung ist der eigentlich entscheidende Vorgang und wird auch demgemäss behandelt, hinausgeschoben, erwogen, vorberathen und nach Ansetzung des Verlobungstages feierlich vor Verwandten und Nachbarn vollzogen. Auch in den Formen der Verlobung, welche, wie wir aus der Erzählung des Neocorus schliessen mögen, in der späteren Entwicklung geradezu eine Neigung zu grösserer Strenge aufweisen, spricht sich die Thatsache aus, dass die Verlobung bereits die Eheschliessung, die rechtlich definitiv bindende Handlung ist.

Verlobung und Trauung sind während des ganzen Mittelalters auseinandergefallen. Die Trauung hat die voraufgegangene rechtsgültig vollzogene Verlobung zur Voraussetzung.

---

[34]) Vgl. Eheschliess. S. 206 Note 16. S. 210 ff.

[35]) Vgl. Eheschliess, S. 153 Note 1. S. 195 Note 8. Schulte, kathol. Eherecht S. 277 Note 3.

III.

Das canonische Recht.

Die Geschichte des canonischen Eheschliessungsrechts war früher überhaupt nicht in Angriff genommen worden. FRIEDBERG hatte in seinem Werk über das Recht der Eheschliessung nicht einmal versucht, den Inhalt des Corpus Juris canonici darzustellen. Diese Darstellung habe ich jetzt unternommen. Ich habe das Recht des Decrets sowie die Entwicklung dargelegt, welche von demselben zu den abweichenden Grundsätzen des Decretalenrechts geführt hat. Dabei kam mir sehr zu Statten, dass SCHULTE vor wenigen Jahren eine Reihe von canonistischen Rechtshandschriften in seinen sehr verdienstvollen Beiträgen zur Geschichte der Literatur über das Decret GRATIAN's beschrieben und Stücke aus denselben abgedruckt hatte. Hier fand ich zu meiner Freude mehrere sehr interessante bisher für diese Frage noch unbenutzt gebliebene Zeugnisse über die Entstehungsgeschichte des bekannten Gegensatzes von Sponsalia de praesenti und de futuro, und entwickelte aus denselben die neuen Resultate, welche sie ergaben. FRIEDBERG drückt dies (S. 23) mit den Worten aus: »Sohm steht in dieser Beziehung lediglich auf den Schultern von Schulte.« Das ist gerade so, als wenn man sagen wollte, dass Jemand, der Urkundenwerke oder das Corpus Juris bei seinen Arbeiten benutzte, »lediglich auf den Schultern« der Herausgeber dieser Quellen stehe.

Schulte hat an dieser Stelle das (natürlich sehr zu schätzende) Verdienst des Herausgebers, nicht mehr, und wird selber von Friedberg's Aeusserung ebenso überrascht sein wie ich.[1])

Bis zum Erscheinen meiner Arbeit gab es nur die eine Ansicht (und auch die frühere Arbeit Friedberg's hatte, wie sonst, hier lediglich die herrschende Lehre reproducirt), dass das canonische Eheschliessungsrecht eine blosse Wiedergabe des römischen sei. Ich habe dagegen Widerspruch erhoben und bin für die Identität des mittelalterlich-canonischen Rechts mit dem deutschen Eheschliessungsrecht eingetreten. Diese Ansicht wird von Friedberg acceptirt (S. 25), aber als eine selbstverständliche Thatsache, deren Erkenntniss schon lange im Besitz Friedberg's gewesen ist.[2])

---

[1]) Friedberg fügt (S. 23) hinzu, dass Schulte das von ihm mitgetheilte Material »zum Theil auch schon ausgenutzt« habe, unter Beziehung auf Schulte's Aufsatz in Dove's Zeitschr. XI, S. 27. Durch Einsicht der citirten Stelle kann Jedermann sich davon überzeugen, dass Schulte der Entwicklungsgeschichte des Gegensatzes von Sp. de praesenti und de futuro mit keinem Wort gedenkt. — Friedberg »bemerkt« aber weiter (S. 23 Note 1), »dass Schulte nur Fragmente aus Handschriften mitgetheilt hat, welche Schlussfolgerungen immerhin als gewagte erscheinen lassen, da man den Zusammenhang der betreffenden Stellen nicht zu übersehen vermag. Sohm hindert das bei seinen Constructionen durchaus nicht«. Hier kommen meine »Constructionen« also doch auf meine Rechnung, was immerhin ein erfreuliches Zugeständniss ist. Die Sache selbst angehend, will ich mich nicht darauf berufen, dass ein Mann wie Schulte die von ihm mitgetheilten Excerpte doch wohl nicht gerade in irreführender Weise einrichten wird, sondern lediglich darauf, dass jede wissenschaftliche Forschung nur für Benutzung und Ausbeutung des vorhandenen wissenschaftlichen Materials verantwortlich ist. Die Verdächtigung gewonnener Resultate durch die blosse Möglichkeit, es möchten noch weitere, anderen Aufschluss gebende Zeugnisse entdeckt werden, ist wissenschaftlich unzulässig. Unsere Quellen sind überhaupt nur Fragmente, und von Friedberg's Standpunkt aus müsste man überhaupt auf jede »Construction«, d. h. auf die geistige Beherrschung des überlieferten historischen Stoffs verzichten.

[2]) Daneben meint Friedberg, wie sich später des Näheren ergeben wird, dass das canonische Recht auch mit dem römischen überein-

Um das canonische Recht zu verstehen, muss man sich erinnern, dass das mittelalterliche Rechtsleben nur zwei Vorgänge kannte, welche für die Entstehung der Ehe in Betracht kamen: die Verlobung und die Trauung. Eins von Beiden war also nur möglich: entweder die Kirche erklärte die Verlobung oder sie erklärte die Trauung für die Eheschliessung. Tertium non datur. Was die Kirche that, entsprach selbstverständlich dem geltenden, also (im Mittelalter) dem deutschen Recht. Daher ist das canonische Recht der beste Schlüssel, den wir zum deutschen Eheschliessungsrecht

---

stimmt. Auf S. 24 findet sich die Behauptung, dass die Unterscheidung von Sponsalia und matrimonium in römischer Weise, welche die Kirche zur Zeit des römischen Reichs selbstverständlich acceptirte, »auch in der Folgezeit sich deutlich ausprägt«. Sein Beleg ist, dass »in Ivo's Panormie zwischen sponsalia und nuptiae durchaus unterschieden wird und zwar mit ausdrücklicher Bezugnahme auf das römische Recht«. In Wahrheit verhält die Sache sich so, dass Ivo's Panormie (lib. VI seq.) gleich den übrigen Sammlungen jener Zeit neben allerlei anderem Material auch eine Reihe von Pandektenstellen aufgenommen hat, so dass also nicht »die Panormie«, sondern diese Pandektenstellen selbstverständlich in römischer Weise unterscheiden. Die Mehrzahl dieser Pandektenstellen findet sich wie in anderen Sammlungen, so auch bei Gratian. Aus dieser Thatsache hatte man bekanntlich früher auf Identität des canonischen Eheschliessungsrechts mit dem römischen geschlossen. Dagegen ist bereits anderweitig bekannt genug, dass die Aufnahme solcher und ähnlicher Stellen in Pseudoisidor und die ihm später folgenden Sammlungen für ihre praktische Geltung nichts beweist, und habe ich den gleichen Beweis auch für das Eheschliessungsrecht erbracht. Friedberg steht mit seiner Bemerkung also auf dem Boden jener älteren Anschauungen, welche in dem gesammten bunt zusammengewürfelten Material jener Sammlungen von Pseudoisidor bis auf Gratian Zeugnisse damals in Geltung stehenden Rechts erblickt. Wenn ich die vorgratianischen Sammlungen einer näheren Darstellung nicht unterzogen habe, was nach Friedberg S. 23 »nicht zu billigen« ist, so hat das (von Anderem abgesehen) seinen Grund darin, dass erst mit und nach Gratian die Herrschaft der Kirche auf dem Gebiet des Eherechts beginnt, also erst von dieser Zeit an und in dem damals gegebenen Entwicklungsstadium das canonische Recht, auf das deutsche Eheschliessungsrecht folgend, in die Geschichte der Eheschliessung eingriff.

besitzen. FRIEDBERG müsste natürlich von seinem Standpunkt aus behaupten, dass das canonische Recht die Trauung als Eheschliessung setzte, und wirklich nimmt er S. 25. 35 einen Anlauf zu dieser Behauptung.[3]) Doch schlägt dieselbe dem notorischen Inhalt, sowie der ganzen Geschichte des canonischen Rechts zu sehr in's Angesicht, als dass er mit derselben Ernst zu machen vermöchte.

Ich will es vorziehen, FRIEDBERG durch sich selber zu widerlegen. Es bedarf des nochmaligen Eingehens auf die ganze Masse des früher von mir behandelten Stoffes nicht. Auch auf diesem Wege werden sich zugleich ganz bestimmte positive Resultate ergeben.

Ich behaupte, dass nach dem canonischen Recht des Mittelalters die Ehe durch die Verlobung geschlossen wird, aber zunächst nur als unvollkommenene Ehe (conjugium initiatum) mit lediglich negativen Wirkungen (eheliches Treuverhältniss). Die Vollendung der Ehe (conjugium perfectum

---

[3]) Beleg ist (S. 25) c. 3 C. 30 qu. 5, der bekannte Erlass NICOLAUS' I. ad consulta Bulgarorum v. J. 866, in welchem aufgeführt werden: 1) Verlobung (sponsalia, quae futurarum sunt nuptiarum promissa) mit subarrhare und dotare sponsam; 2) nuptialia foedera mit kirchlicher Feier, mit der Bemerkung, dass Dies praeter alia, quae ad memoriam non occurrunt, die herkömmlichen conjugiorum solennia seien, welche jedoch ohne Sünde unterbleiben könnten. Es ist also aus dieser Stelle überhaupt nicht ersichtlich, was nach Ansicht des Pabstes zur Ehe nothwendig ist, da er mit der letzten Bemerkung Alles preisgiebt. Ueberdies ist die Stelle ein blosses Referat über die in Rom (»nostrates«) üblichen Gebräuche, und für das canonische Recht nur das Hinzufügen des Pabstes von Interesse, dass alle diese Gebräuche unwesentlich seien. Das Verhältniss, in welchem Verlobung und nuptialia foedera (welche letztere der deutschen Trauung entsprechen) in Rom zu einander standen, bestimmte sich natürlich im Zweifel nach römischem Recht, da die Meisten dort nach römischem Recht lebten. Daher gebraucht der Pabst die römische Definition der Sponsalien. Der Pabst selbst spricht sich über diese Frage garnicht aus. — Ueber die gesammte Causa 30 qu. 5, welche FRIEDBERG S. 35 als Beleg anzieht, vgl. weiter unten.

oder consummatum), und damit die Vollwirksamkeit derselben (positive Wirkungen) tritt erst später ein, durch die copula carnalis, durch die thatsächliche Vollziehung der ehelichen Gemeinschaft. Mit anderen Worten: das mittelalterlich-canonische Recht ist lediglich eine Wiedergabe des deutschen Eheschliessungsrechts, und zwar genau in dem von mir festgestellten Sinne. Der einzige Unterschied bezieht sich auf den Moment der »Vollendung« der Ehe. An die Stelle der Trauung als die consummatio matrimonii hat das canonische Recht das Beilager gesetzt, aber, wie wir deutlich erkennen, erst in Folge einer allmäligen Entwicklung.[4]) Die Grundlagen des Eheschliessungsrechts sind trotzdem identisch: sowohl der Moment der Eheschliessung (Verlobung) wie die Idee von dem successiven Eintritt der Ehewirkungen zeichnet das canonische Recht aus im Gegensatz gegen das römische und im Einklang mit dem deutschen Recht. Es liegt zugleich auf der Hand, dass der bezeichnete Unterschied praktisch verschwand, weil die Trauung die copula carnalis unmittelbar nach sich zog.

Diese Sätze werde ich jetzt lediglich auf Grund der Aufstellungen Friedberg's beweisen.

Hören wir zunächst Friedberg S. 35: »Roland hat nämlich in der That die von Sohm ihm zugesprochene Ansicht; — — er steht in der That dem nahe, was Sohm das deutsche Recht nennt; — Eingehung der desponsatio ist ihm Eheschliessung, aber auch Eingehung jedes noch so formlosen Verlöbnisses.« [5])

Roland (magister Rolandus) war um die Mitte des 12. Jahrhunderts Professor zu Bologna und verfasste vor 1148 eine »Summa« (auch »Stroma« genannt), d. h. eine kurz-

[4]) Vgl. Eheschliess. S. 111 ff. 147 ff.

[5]) Die Motive, aus denen das canonische Recht gegen die Formalien des deutschen Verlobungsrechts sich gleichgültig verhielt, habe ich Eheschliess. S. 145 ff. dargelegt.

gefasste Bearbeitung des ersten (damals noch einzigen) Theils des Corpus Juris canonici, des s. g. Decretum Gratiani, also, mit einem Wort, ein Lehrbuch des canonischen Rechts. Seine Arbeit ist nach der des Paucapalea die älteste uns bekannte Bearbeitung des Gratianischen Decrets.[6]) Roland hat also, wie Friedberg selbst bezeugt, genau dieselbe Ansicht von dem canonischen Eheschliessungsrecht wie ich, und zwar wiederum dieselbe, welche ich aus dem deutschen Recht entwickelt habe. Roland hat insbesondere, was Friedberg nicht speciell hervorgehoben hat, genau den Begriff einer Ehe mit lediglich negativen Wirkungen (für das erste aus der Verlobung hervorgehende unvollkommene Stadium der Ehe), welchen Friedberg als von mir »erfunden« (S. 38) oder als »effectiven Rückschritt« (gegenüber dem von Friedberg vertretenen »juristischen Fortschritt«), oder als für jeden »unbefangenen Menschen, der nicht durch Voreingenommenheit auf falsche Wege gewiesen ist«, unmöglich (S. 19. 20) zu bezeichnen liebt. Die Bedeutung der copula carnalis ist nach Roland, dass sie zu dem nur negativ wirkenden ehelichen Treuverhältniss (welches aus der Verlobung hervorgeht) die positiven Wirkungen, das Recht der ehelichen Gemeinschaft hinzufügt. Er äussert sich dahin:

> Et notandum, quod duplex est fides matrimonii, una desponsationis, alia carnalis conjunctionis. Fide pactionis se castos vicissim servare tenentur, unde etsi religionem et continentiam sponsa invito sponso valeat eligere, ad alterius tamen copulam sponso vivente transire non poterit. — Fides vero carnalis conjunctionis est, qua quisque ad mutuam servitutem carnalis debiti persolvendi alteri tenetur astrictus, ut nullus altero invito aliquando valeat continere.[7])

---

[6]) Vgl. Thaner in der Vorrede zu seiner Ausgabe S. IX ff.

[7]) S. Eheschliess. S. 114 Note 10.

Ich muss also darauf Verzicht leisten, der erste Erfinder der von Friedberg spöttisch s. g. »negativen Ehe« zu sein (obgleich mir allerdings bei meiner Darstellung des deutschen Eheschliessungsrechts die mit meinen Ansichten genau übereinstimmende Meinung meines früheren Collegen Roland noch unbekannt war). Es kommt hinzu, dass dieser Professor Roland, welcher so sehr mit mir übereinstimmt, es späterhin zum Pabst gebracht hat und kein Geringerer als Pabst Alexander III. selber ist. Auch Friedberg wird zugeben, dass dieser Roland ein Mann von einiger Intelligenz, ja ein grosser Mann war, dem gegenüber selbst ein Friedberg etwas sparsamer mit solchen Kraftausdrücken umgehen muss, die ich als gewöhnlicher Sterblicher geduldig über mich ergehen zu lassen habe. Friedberg meint (S. 36), dass »Roland's Ansicht die eines einzelnen Canonisten und für das geltende Recht an und für sich indifferent war«. Nun, ich denke, er war ein »einzelner Canonist«, der eine gewisse Autorität als Kenner des canonischen Rechts beanspruchen darf, und der als Pabst Alexander einigen Einfluss auf das canonische Eheschliessungsrecht gehabt hat.

Auf jeden Fall aber ist es doch im höchsten Grade auffallend, dass ein Mann, welcher der grösste Canonist seiner Zeit war und als Pabst Alexander III. das klassische canonische Recht (das s. g. Decretalenrecht) geschaffen hat, nach Friedberg's eignem Zugeständniss eine Auffassung von dem canonischen Recht vertritt, welche, wenn wir Friedberg's Autorität folgen, nicht blos in sich höchst widersinnig sein, sondern sowohl mit dem geltenden canonischen Recht wie mit dem, in Bologna wohl bekannten, germanischen Recht in directem Widerspruch stehen soll.

Aber Friedberg bemerkt (S. 36): »Roland erzählt uns selbst, dass er die geltende Praxis, d. h. das herrschende canonische Recht nicht mit seiner schulmässigen Ansicht ver-

einen könne«. Dadurch erhält man den Eindruck, als ob ROLAND selber einräume, dass seine Lehre in Widerspruch mit dem geltenden canonischen Recht befindlich sei. Davon ist aber keine Rede. ROLAND stellt vielmehr das nach seiner Ansicht geltende canonische Recht dar, und nur in Bezug auf eine einzige Frage, die Frage nämlich, ob das erste Verlöbniss durch ein consummirtes zweites Verlöbniss aufgehoben werde, erhebt er Opposition gegen die consuetudo ecclesiae (Romanae), welche das zweite Verlöbniss vorgehen liess, unter Berufung auf eine Reihe von Autoritäten, und mit dem Hinzufügen, dass die consuetudo der römischen Kirche ihrerseits vielmehr keine Autoritäten für sich habe (»quae tamen consuetudo quibus auctoritatibus defendatur, me latere, non denego«). Er wusste (wie später noch des Näheren erhellen wird), dass anderwärts (nämlich in Frankreich) der entgegengesetzte Grundsatz in Kraft stand und seine Meinung war, dass die consuetudo der römischen Kirche nicht etwa blos seiner »schulmässigen Ansicht«, sondern den »Auctoritäten«, d. h. dem geltenden canonischen Recht zuwider sei. Seine »schulmässige Ansicht« von conjugium initiatum und consummatum setzt er mit dieser Frage gar nicht in Zusammenhang, und deutet er nicht im Fernsten an, dass seine Lehre von der Eheschliessung durch die Verlobung als solche mit dem geltenden Recht in irgend welchem Widerspruch sei.

Das Lehrbuch ROLAND's war, wie schon bemerkt, eine Bearbeitung des Decretum Gratiani: ROLAND schliesst sich in Bezug auf das benutzte Quellenmaterial, und ebenso auch in der Reihenfolge der Materien wie in den grundlegenden Gedanken völlig an GRATIAN an. Wir finden dem entsprechend auch bei GRATIAN dieselbe Unterscheidung von conjugium initiatum und consummatum. Der »Beginn« der Ehe, und zwar zunächst eine noch unvollkommene Gestalt der Ehe tritt mit dem Verlöbniss (desponsatio), die »Vollendung« der Ehe, die

volle Entfaltung ihrer Wirkungen, tritt, ebenso wie bei Roland, mit der copula carnalis ein.

Hier ist Friedberg aber durchaus anderer Ansicht. Gratian hat nach Friedberg eine von Roland's (also auch von meiner) Auffassung völlig abweichende Theorie. Es genügt jedoch, die Resultate Friedberg's zusammenzustellen, um zu der entgegengesetzten richtigen Anschauung zu gelangen.

Das Resultat einer längeren Erörterung bei Friedberg (S. 24—35) ist nämlich, dass Gratian den Eheschliessungsact als desponsatio bezeichnet.[8]) Also, sollte man meinen, erklärt

[8]) Allerdings ist es schwer, ein präcise gefasstes Resultat der Auseinandersetzung Friedberg's zu geben. Ich will zur Veranschaulichung der Wechselfälle seiner Darstellung eine Zusammenstellung seiner Aeusserungen über die Eheschliessung nach Gratian's Decret folgen lassen: S. 25: »Der technische Ausdruck für das Verlöbniss war desponsatio, aber nicht blos die aus dem alten Recht stammende Identificirung der Ehe mit dem Verlöbnisse brachte zu Wege, dass auch die Abgabe des Eheconsenses mit desponsatio bezeichnet wurde, sondern liess auch den Ausdruck conjux auf die Braut übergehen. Doch war man sich dabei des Unterschiedes zwischen Ehe und Verlöbniss immer bewusst«. S. 29: »Gratian's Bezeichnung matrim. initiatum für die desponsatio hat lediglich den Zweck, die Stellen der Kirchenväter stehen zu lassen, welche sponsi mit dem Ausdruck conjuges bezeichnen. Für eine Eheschliessung hält er deswegen die desponsatio nicht«. S. 30: »Ein Unterschied zwischen sponsalia de praesenti und de futuro ist Gratian unbekannt. Desponsatio ist für die Verlobung und für die Eheschliessung gebräuchlich«. S. 32: »Also Gratian, der Verlöbniss und Ehe scharf auseinander hält und nur die Erklärung des consensus sponsalitius mit der des consensus matrimonialis unter demselben Namen desponsatio begreift, soll die desponsatio als Eheschiessungsact ansehen!« Diese letztere Bemerkung ist polemisch gegen mich gerichtet. Ich hatte die desponsatio nach Gratian als Eheschliessung bezeichnet. Friedberg ist darüber sehr ausser sich, weil — Gratian die Eheschliessung als desponsatio bezeichnet. S. 34: Nach Gratian »wird die Ehe geschlossen regelmässig durch eine benedicirte desponsatio; — hier wird in der That die desponsatio in Verbindung mit dem priesterlichen Segen oder gehörig bezeugt für Eheschliessung erklärt«, weil »die desponsatio eben damals schon in derselben Form wie die heutige kirchliche Trauung bestand, nur noch mit den Symbolen des alten Ver-

Gratian die Verlobung für die Eheschliessung. Weit gefehlt! sagt Friedberg. Vielmehr meint Gratian, wenn er von Verlobung spricht, nicht die Verlobung, sondern an der einen Stelle (C. 27 qu. 2) meint er die copula carnalis,[9]) an der andern (C. 30 qu. 5) meint er »regelmässig die Trauung« (S. 35). Und zu dieser Lehre gab die altkirchliche Anschauung den ersten Anlass, welche, an mosaische Vorstellungen anknüpfend, die Verlobung mit der Ehe identificirte (Friedberg S. 24. 25). Es liegt vielmehr auf der Hand, dass die zuletzt erwähnte altkirchliche Anschauung, auf welche allerdings das jüdische Recht einen massgebenden, noch der näheren Untersuchung bedürftigen Einfluss geübt hat, doch geradezu darauf führt, dass die Verlobung, und zwar jede Verlobung, unter der canonischen desponsatio, d. h. eben unter der Eheschliessung zu verstehen ist. Insbesondere bezieht sich die Stelle des heil. Ambrosius,[10]) auf welche der

löbnisses und namentlich der dotatio«. Resultat S. 35: »Die Trauung begründet regelmässig die Ehe«. Ich habe dem Leser das Material zur Selbstprüfung vorgelegt. Bei Auslegung desselben habe ich mich nach der Regel gerichtet, welche man bei unlösbaren Widersprüchen im Corpus Juris anwendet, dass nämlich die Stellen den Vorzug haben, welche ex professo von dem Gegenstand handeln. Solche sind die mitgetheilten Aeusserungen auf S. 30 und 34. Jedenfalls ist klar, dass Friedberg davon ausgeht, dass der Name desponsatio, um in seine Gedankenreihe einzugehen, wie die Verlobung so zugleich auch die Eheschliessung bezeichnet (ganz natürlich, wie ich hinzu setze, weil nämlich die Verlobung Eheschliessung ist).

[9]) Friedberg S. 32: »Läge nur die von Sohm angezogene quaestio des Decretum Gratiani vor (die C. 27 qu. 2), so müsste vielmehr ohne Weiteres argumentirt werden: Verlöbnisse bahnen die Ehe an, sind aber noch keine, sie werden zu Ehen durch die copula carnalis, folglich ist der eheschliessende Act die erste Vollziehung der copula carnalis«. Und doch nennt auch nach Friedberg Gratian den Eheschliessungsact desponsatio!

[10]) Ambrosius de institutione virginis c. 6. § 41 (Opera, ed. Ord. S. Bened. III, col. 321): Nec illud moveat, quod ait: Quia Joseph accepit conjugem suam et profectus est in Aegyptum; desponsata enim viro conjugis nomen accepit. Cum enim initiatur conjugium, tunc

Ausdruck »conjugium initiatum« zurückgeht, auf das Brautverhältniss von Maria und Joseph. Vor Allem aber hat zunächst, so lange nicht ein positiver Gegenbeweis erbracht ist, die Ansicht das Vorrecht, welche desponsatio mit Verlobung und nicht etwa mit Trauung, geschweige denn mit copula carnalis übersetzt. FRIEDBERG meint nun, dass dieser Gegenbeweis durch die C. 30 qu. 5 erbracht werde, welche nach FRIEDBERG's Ansicht die einzige ex professo von der Eheschliessung handelnde Stelle im Gratianischen Decret ist. Hier wird von GRATIAN untersucht, ob auch clandestina conjugia gültig seien. Zunächst wird eine Reihe von Stellen gebracht, welche die kirchliche Trauung (nach voraufgegangenem Verlöbniss) fordern, aber doch zuletzt das Resultat gewonnen, dass diese Solennitäten unnöthig, auch die clandestine, also ohne kirchliche Trauungsfeierlichkeit zu Stande gekommenen Ehen gültig seien.[11]) Die C. 30 qu. 5 entwickelt also, dass die kirchliche Trauung zur Eheschliessung nicht nöthig ist, entsprechend den oben schon angedeuteten Grundsätzen des canonischen Rechts, welche an die Stelle der consummatio matrimonii durch Trauung die consummatio durch copula carnalis setzten. FRIEDBERG drückt sich daher selber so aus, dass nach der C. 30 qu. 5 nur »regelmässig« die Trauung die Ehe »begründet«. Es erhellt aber zugleich, dass seine Ansicht von der Trauung als der Eheschliessung des canonischen Rechts durch die C. 30 qu. 5 geradezu widerlegt wird, und dass die C. 30 qu. 5 überhaupt nicht von der

---

conjugii nomen adsciscitur; non enim defloratio virginitatis facit conjugium, sed pactio conjugalis. Denique cum jungitur puella, conjugium est, non cum virili admixtione cognoscitur. Durch das Mittel der älteren Sammlungen ist diese Stelle in c. 5. 35 C. 27 qu. 2 übergegangen.

[11]) Dict. Grat. ad c. 9 l. cit.: conjugia quae clam contrahuntur, non negantur esse conjugia. Nach dem Dict. Gr. ad c. 11 genügt es, wenn der affectus conjugalis überhaupt beweisbar ist, wenn auch nur durch Geständniss.

Eheschliessung. sondern vielmehr von einem Requisit handelt, welches für die Eheschliessung entbehrlich ist. Die einzige Stelle, in welcher GRATIAN ex professo von der Eheschliessung, nämlich von den Requisiten handelt, welche unentbehrlich und nicht blos »regelmässig« sind, ist die meiner früheren Darstellung [12]) zu Grunde gelegte C. 27 qu. 2, in welcher ausschliesslich der Verlobung (desponsatio) einerseits als der initiatio conjugii und der copula carnalis andererseits als der consummatio conjugii gedacht wird. [13])

Aber es bedarf keiner weiteren Deductionen, denn FRIEDBERG selber führt uns zu dem gleichen Resultat. Sein Ergebniss ist (S. 34): »Wäre es richtig, wie Sohm behauptet, dass dieser Trauung [14]) noch ein eigenes öffentliches formalcontractliches Verlöbniss vorangegangen wäre, so hätte er allerdings Recht, so würde dies nach Gratian's Ansicht als ehebegründend angesehen werden müssen; da aber dies völlig beweislos ist —.« Ich glaube, wie bemerkt (oben S. 42), schon in meiner früheren Arbeit den Beweis für das der Trauung voraufgehende formalcontractliche Verlöbniss erbracht zu haben. Im vorigen Abschnitt ist gezeigt, dass dies formalcontractliche Verlöbniss (obgleich die Oeffentlichkeit kein Rechtserforderniss war) ganz allgemein öffentlich vollzogen wurde. So ergiebt sich also nach FRIEDBERG's eignem

---

[12]) Doch bitte ich, dieselbe nicht nach der Verstümmelung bei FRIEDBERG S. 31 beurtheilen zu wollen.

[13]) Wenn GRATIAN zum Schluss seiner Darstellung dennoch wieder concedirt, dass sponsa non sit conjunx, und dass sie nur spe futurorum non re praesentium conjux genannt werde (dict. Gr. ad. c. 45 C. 27 qu. 2), so entspricht das, wie ich schon früher bemerkt habe und wie THANER anderweitig schlagend dargethan hat (vgl. seine Vorrede zur Summa Rolandi S. V. XXIX. XLIII) der bei den Scholastikern allgemein üblichen Methode, verschiedene Lösungen unvermittelt neben einander zu stellen. ROLAND hat genau denselben Schlussgedanken wie GRATIAN (ed. THANER S. 131), und doch zweifelt auch FRIEDBERG nicht, dass ROLAND dennoch Eheschliessung durch Verlöbniss annimmt.

[14]) D. h. der mit den Verlöbnissfeierlichkeiten verbundenen Trauung.

Zugeständniss das Resultat, dass nach der Lehre Gratian's die Ehe nicht durch Trauung, sondern durch Verlobung geschlossen wird.

Nun kommt aber hinzu, dass, wie Friedberg selber anerkannt hat, Roland genau diese, eben auch aus Gratian abgeleitete, Lehre vertritt. Roland's Buch ist aber, wie gesagt, eine Bearbeitung, ja zum Theil eine wirkliche Wiedergabe des Gratian. Auch in unserer Lehre von der Ehe schliesst Roland sich genau an den Gedankengang Gratian's an, den er nur weiter ausführt; in einem einzigen Punkt, die oben berührte Frage des Doppelverlöbnisses betreffend, weicht er von Gratian ab und polemisirt gegen die (von Gratian gebilligte) consuetudo der römischen Kirche. Friedberg meint (S. 35), dass Roland von Gratian »durchaus abweicht, und indem er ihn interpretirt, seine Ansicht überall unterschiebt«. Diese Ansicht hat um so weniger Anspruch auf Berücksichtigung, weil Roland (den erwähnten Punkt ausgenommen) mit keinem Wort verräth, dass er etwa gegen Gratian polemisire, während er an anderer Stelle (C. 35, qu. 2. 3) es durchaus nicht scheut, gegen den verehrten Meister eine Lanze einzulegen. Die gezwungene Annahme aber, dass Roland unter dem äusseren Anschein, Gratian »interpretiren« zu wollen, seine eigne geradezu (nach Friedberg) entgegengesetzte Ansicht »überall unterschiebe«, hat Friedberg, wie wir soeben gesehen haben, zum Ueberfluss selber widerlegt.

Vielmehr ist Roland's Zeugniss lediglich eine Bestätigung dafür, dass Gratian genau in der entwickelten Weise das canonische Recht aufgefasst hat, dass nämlich durch Verlobung die Ehe, aber zunächst als unvollkommene Ehe, geschlossen, und dass sie durch copula carnalis zugleich vollzogen und vollendet wird.

Aber nicht Roland allein! Wir haben, was Friedberg versäumt hat hervorzuheben, noch eine Reihe von weiteren Zeugnissen, und zwar, was von besonderem Interesse

ist, aus Deutschland, welche wiederum dieselbe Lehre zugleich als das geltende canonische Recht und als die feststehende Lehre Bologna's und überhaupt der Kirche Italiens berichten. Ich will diese Zeugnisse hier übersichtlich zusammenstellen. Das eine giebt der Tractatus de matrimonio der Göttweiger Handschrift (Mitte des 12. Jahrhunderts). Hier heisst es an einer Stelle:

> Traditio puellae prima[15]) ea invita nullomodo fieri debet, quia, ubi coactio non est consensus, sine quo matrimonium iniciari non potest.

An anderer Stelle:

> Desponsatio, quae est signum legitimae conjunctionis, VIII causis irritatur. Quarum prima est sequens desponsatio carnali conjunctione perfecta.[16])

Ganz übereinstimmend heisst es in dem anderen Zeugniss, der Summa Coloniensis (um 1170), an einer Stelle:

> Non ignoro tamen, aliquos Boloniensium[17]) hinc aliter sentire, affirmantes, quod de praesenti conceptam desponsationem[18]) VIII dissolvant: posterior desponsatio carnis commixtione perfecta —.

An anderer Stelle:

> Ex quibus apparet, sponsam uxorem non esse ante commixtionem, nec esse perfectum conjugium sola

[15]) Damit ist die Verlobung gemeint, auf welche die Trauung als »traditio secunda« fotgt, vgl. Eheschliess. S. 149 Note 84.

[16]) S. die beiden Stellen Eheschliess. S. 116. 149 Note 84.

[17]) Ueber die specielle Frage, welche hier behandelt ist, nämlich über das Doppelverlöbniss, bestand in Bologna, in Folge der abweichenden Lehre des Magister Roland (Pabst Alexander III.) eine Controverse. Daher heisst es: »aliqui Bolonienses«, aber nur die Wirkung, nicht der Begriff der »desponsatio carnis commixtione perfecta« ward dadurch berührt, wie die weitere, gleich folgende Stelle deutlich zeigt.

[18]) Damals war die Theorie von den Sp. de praesenti und de futuro von Frankreich schon nach Italien gedrungen, und lehrten die an der alten Theorie festhaltenden Bologneser, dass auch die desponsatio de praesenti (denn nur diese war controvers) durch zweites consummirtes Verlöbniss aufgehoben werde.

pactione conjugali initiatum. In hac quaestione Gallicana et transalpina ecclesia dissentiunt. Transalpini enim inter initiatum et consummatum matrimonium distinguunt, tradentes, pactione conjugali initiari et carnali copula consummari conjugium —.[19])

Die Lehre GRATIAN's und ROLAND's, welche über die Frage der Eheschliessung genau mit einander übereinstimmte, war die ebenso übereinstimmende Lehre der Schule von Bologna und das Recht der Kirche Italiens. Ich habe dies Recht zugleich als das gemeine canonische Recht bezeichnet, obgleich es in Frankreich nicht in Geltung stand. FRIEDBERG (S. 37) meint, dass eine »vorurtheilsfreie Betrachtung« die »Ansichten italienischer Canonisten« nicht mit dem gemeinen Recht identificiren könne. Es genügt, darauf hinzuweisen, dass das von GRATIAN gelehrte Recht, wie schon bemerkt, nicht blos von einigen Professoren, sondern von der »transalpina ecclesia«, insbesondere von der ecclesia Romana vertreten wurde,[20]) so dass die geschilderten Grundsätze vom Centrum der Kirche aus auf die ganze Kirche wirkten. Dadurch wird z. B. erklärlich, dass der Göttweiger Tractatus de matrimonio in Deutschland genau für die gleichen Grundsätze eintritt.

Das alte Recht hatte sich noch nach der Reform Alexander's III. vereinzelt bis in das 13. Jahrhundert erhalten, und hatte in Folge dessen z. B. die Kirche von Modena, wie FRIEDBERG (S. 39) selber einräumt den Gebrauch, jede desponsatio als Ehe zu behandeln.[21])

[19]) S. die beiden Stellen Eheschliess. S. 116 Note 12. S. 118.

[20]) Noch nachdem Pabst Alexander III. die unten zu schildernde Reform durchgeführt hatte, kehrte Pabst Lucius III. wieder zu dem alten Recht GRATIAN's zurück, und erhielt sich dasselbe in Folge dessen noch später, nachdem Urban III. wieder in die Fusstapfen Alexander's III. eingetreten war, bis in das 13. Jahrhundert in Bologna, Imola, Modena, Reggio und Parma, vgl. die Aeusserung des HUGUCCIO bei v. SCHULTE in DOVE's Zeitschr. XI, S. 27 Note 13. Vgl. die folgende Note.

[21]) S. c. 5 X. de sponsa duor. (4, 4), in der Compil. III als c. un. lib. IV tit. 3. Vgl. die vorige Note.

Nach dem canonischen Recht, wie es im Decret GRATIAN's niedergelegt ist, und wie es um die Mitte des 12. Jahrhunderts italienisches und gemeines canonisches Recht war, wird die Ehe durch Verlobung und zwar durch jede Verlobung geschlossen, wenngleich zunächst nur als unvollkommene Ehe.

Daher heisst es in dem schon mehrfach angeführten Göttweiger Tractat von der Mitte des 12. Jahrhunderts:

> Desponsatio, quae est signum legitimae conjunctionis (oben S. 71).

Die Verlobung ist das Kennzeichen der rechten Ehe, wie nach deutschem (oben S. 34), so nach canonischem Recht, und zwar ist sie das Kennzeichen, welches die thatsächliche Lebensgemeinschaft der Ehegatten vor dem Forum des Rechts als eine eheliche darstellt. Die Verlobung ist ein Erforderniss der Ehe,[22]) aus keinem anderen Grunde als weil sie, und sie allein, die Eheschliessung ist, und indem das alte canonische Recht die desponsatio (auch pactio conjugalis genannt) schlechtweg für die Eheschliessung erklärt, beweist es damit definitiv dasselbe Resultat auch für das deutsche Recht.

Das altcanonische Recht erfuhr eine Modification durch die, von Frankreich ausgehende, Unterscheidung der Verlöbnisse in Sponsalia de praesenti und de futuro. Auch diese

[22]) Ganz dieselbe Bemerkung habe ich mit Bezugnahme auf den citirten Tractat schon Eheschliess. S. 115 gemacht. Dazu FRIEDBERG S. 33: »Also signum heisst Erforderniss!« FRIEDBERG scheint vorübergehend durch mich zu dem Irrthum veranlasst zu sein, dass »Erforderniss« eine lexikalisch-wörtliche »Uebersetzung« von signum sei. Auf solche Leser bin ich allerdings nicht gefasst gewesen. Meine »Uebersetzung« (nach FRIEDBERG's Ansicht) lautet, wie FRIEDBERG S. 33 Zeile 9 richtig angiebt, »Erforderniss der Ehe«. Daraus hat FRIEDBERG drei Zeilen weiter »Erforderniss der Eheschliessung« gemacht und erfreut sich an dem Gedanken, dass also »die Verlobung ein Erforderniss der Eheschliessung ist, weil sie selbst Eheschliessung ist«, in der Meinung, der Leser solle nicht merken, dass dieser erheiternde Gedanke von FRIEDBERG selber herrührt.

Thatsache setzt wiederum voraus, dass bis dahin das Verlöbniss und nicht etwa die Trauung für die Eheschliessung galt. Nach FRIEDBERG's Ansicht sind die Sponsalia de praesenti weder Verlöbniss noch Trauung, sondern (nach seiner Definition auf S. 36 und sonst) sind sie »Eheschliessung«.[23]) Es fragt sich aber gerade, welches denn der Thatbestand des Eheschliessungsvorgangs war? FRIEDBERG's Antwort lautet: die Ehe wird nach klassischem canonischen Recht weder durch Verlobung noch durch Trauung, sondern durch die Eheschliessung geschlossen. Nach meiner Ansicht widerlegt dies Resultat sich selbt. Wie schon bemerkt, gab es thatsächlich nur die zwei Thatbestände, welche als Eheschliessung in Frage kommen konnten: die Verlobung und die Trauung. Wenn die Sponsalia de praesenti keine Trauung sind, so müssen sie Verlobungen gewesen sein. Man wollte einen Unterschied der Verlobungen machen (je nach den verba de praesenti oder de futuro), um danach einen Unterschied der Ehewirkung der Verlöbnisse eintreten zu lassen. In Wirklichkeit gab es nun aber nur eine Verlobung. Dar-

[23]) Andere Aufschlüsse über das Wesen der Sponsalia de praesenti aber nur bei Gelegenheit, giebt FRIEDBERG S. 53: »sponsalia de praesenti, d. h. der kundgegebene Wille gegenwärtiger Eheschliessung«. Es fragt sich aber gerade, in welchem Thatbestand das Recht die Kundgebung dieses Willens fand. Das römische Recht fand sie im ehelichen Leben mit consensus nuptialis, das deutsche und canonische im Eheversprechen (consensus sponsalitius). Auf S. 54 werden Sp. de pr. durch »Willenserklärung oder concludente Handlungen »wiedergegeben. S. 58: »sofort wirksamer ehestiftender Wille«. S. 60 ist der in der Sp. de praesenti ausgedrückte Wille mit dem consensus nuptialis des römischen Rechts, d. h. mit dem auf präsentes eheliches Leben gerichteten Willen identisch (denn der »decretalenrechtliche Gegensatz zwischen consensus sponsalitius und nuptialis« soll doch wohl der Gegensatz zwischen Sp. de futuro und de praesenti sein), während nach S. 43 (und so war es in Wirklichkeit) »die sponsalia de praesenti gewöhnlich noch nicht das eheliche Zusammenleben herbei führten«, d. h. der Consens ein blosser consensus sponsalitius war. Man kann sich nach dem Vorigen eine Vorstellung davon machen, welche Mühe es kostet, überhaupt einen Gedanken aus FRIEDBERG's Darstellung herauszulesen.

um ist, wie ich gezeigt habe, und wie sich später noch des Weiteren herausstellen wird, die Distinction der Sponsalia de praesenti und de futuro, gemäss dem Zeugniss LUTHER's, »ein lauter Narrenspiel«.

Weil FRIEDBERG gegen diese Wahrheit so sehr energisch protestirt (S. 37—53), will ich in der Kürze meine frühere Beweisführung zugleich ergänzen und gegen FRIEDBERG aufrecht erhalten.

Die Lehre von den Sponsalia de praesenti und de futuro knüpfte an die Frage nach der Auflösbarkeit des Verlöbnisses an. Die wichtigste Rolle spielte der Fall eines Doppelverlöbnisses, die Frage, ob ein erstes noch unvollzogenes Verlöbniss durch ein zweites vollzogenes aufgelöst werde. Hören wir die einzelnen Zeugnisse über diesen Fall ab.

GRATIAN trägt die Lehre der italienischen und zugleich der römischen Kirche vor. Die Frage ist: utrum liceat sponsae renunciare priori conditioni, ob die Braut sich anderweitig gültig verehelichen kann. Zwei Belegstellen (die eine ist der schon oben S. 26 erwähnte Concilsschluss von Ancyra) erklären, dass die desponsata puella ab alio rapta auf alle Fälle ihrem (ersten) Bräutigam zurückgegeben werden soll. Aber, sagt GRATIAN, rapi, gewaltthätig entführt werden, und priori conditioni renunciare, d. h. de nuptiis cum alio agere, sind doch zwei sehr verschiedene Dinge. Daher können jene Autoritäten für unsere Frage keinen Ausschlag geben, denn es handelt sich hier ja nicht um eine rapta, sondern um eine alias desponsata, nicht um eine Entführte, sondern um eine nochmals anderweitig Verlobte, »und deshalb« (et ideo) non est huic auferenda et priori reddenda. »Darum« ist sie also nicht dem ersten Bräutigam zu restituiren, sondern der zweite (im Besitz befindliche) behält die Braut als seine Ehefrau. Aber nach anderen Zeugnissen (insbesondere Pabst SIRICIUS) ist ausdrücklich nicht blos die Entführung, sondern auch die zweite Verehelichung der schon Verlobten verboten,

so dass Gratian danach also doch Unrecht behalten würde. Hier hilft er sich in gewohnter Weise durch Unterschiebung einer Voraussetzung, von der die in solcher Weise »interpretirten« Stellen nichts wissen. Er sagt: wenn hier von der desponsata die Rede ist (welche nicht anderweitig verheirathet werden darf), so ist nicht die desponsata schlechtweg gemeint, sondern nur diejenige, welche sponsus in suam duxerat, und cum ea benedictionem acceperat. Also: die Verbote anderweitiger Verehelichung sind nur de hujusmodi desponsata zu verstehen, welche cum sponsa est velata et benedicta. Das zweite (vollzogene) Verlöbniss steht nur dann hinter dem ersten zurück, wenn zu dem ersten bereits die Trauung hinzugekommen, d. h. wenn das erste gleichfalls schon ein vollzogenes Verlöbniss war.[24])

Es erhellt zur Evidenz, dass die desponsatio, um deren Wirkung (gegenüber einem nochmaligen Verlöbniss) es sich handelt, die einfache Verlobung ist, die Verlobung, welche der Trauung voraufgeht. Aus diesem Grunde leitet Gratian diese Erörterung in der Form ein: Sed concedatur, quod sponsa non sit conjunx, tamen quaeritur, utrum liceat ei renunciare priori conditioni.[25]) Von einer Unterscheidung dieser Verlobungen, ob sie etwa »de praesenti« oder »de futuro« geschlossen seien, ist keine Rede. Zugleich wird klar, dass Gratian weit davon entfernt ist, unter der desponsatio schlechtweg, wie Friedberg meint, die Trauung zu verstehen. Im Gegentheil, die desponsatio als solche schliesst nach der Meinung Greatian's die velatio und benedictio, d. h. die Trauung nicht in sich. Er nennt die Getraute nicht desponsata, wie man nach Friedberg erwarten müsste, sondern velata et benedicta und setzt sie zu der desponsata als solcher in Gegensatz. Die desponsata Gratian's ist diejenige,

---

[24]) S. Gratian in C. 27 qu. 2 i. f.

[25]) Dict. Grat. § 3. ad c. 45 C. 27 qu. 2. Vgl. oben Note 13.

welche sponsus necdum in suam duxerat, nec cum ea benedictionem acceperat.[26])

Den gleichen Rechtssatz wie GRATIAN überliefert ROLAND als consuetudo ecclesiae, obgleich er denselben, und zwar (wie aus dem Obigen hervorgeht) mit Recht, durch die angezogenen Autoritäten widerlegt findet und Beweise für denselben vermisst. Auch hier erfolgt die Einleitung dieser Ausführung mit der Bemerkung: credimus non esse matrimonium inter sponsum et sponsam, obgleich ROLAND trotzdem (auch nach FRIEDBERG) die Verlobung mit der Eheschliessung indentificirt, und obgleich ROLAND (gegen GRATIAN, auf Grund der von GRATIAN selber angezogenen Autoritäten) entscheidet: non licere sponsae vel sponso utroque vivente ad secunda vota transire, unter ausdrücklicher Hervorhebung, dass das blosse Verlöbniss ohne Trauung diesen Erfolg haben müsse.[27]) Die Verlobung als solche kann nach ROLAND, durch zweite, wenngleich consummirte, Verlobung nicht aufgehoben werden. Von einer Unterscheidung der Verlobungen, ob die erste Verlobung »de praesenti« oder »de futuro« gewesen, ist wiederum keine Rede.

Noch näher kommen wir unserer Frage durch eine dritte Stelle, durch die Summa des SICHARD von Cremona (zwischen 1179 und 1181). Ihn beschäftigte gleichfalls die Frage: item quaeritur, si liceat sponsae vel sponso renuntiare priori conditioni et transire ad secunda vota? Antwort:

Nequaquam licet de jure, sed si de facto sic fieret,

[26]) Dict. Gr. ad c. 50 C. 27 qu. 2.

[27]) ROLAND, ed. THANER S. 132: his et innumeris auctoritatibus ostenditur, non licere sponsae vel sponso utroque vivente ad secunda vota transire, quod secundum quosdam de sola traducta, benedicta atque velata intelligitur. Generaliter tamen et non specialiter ab aliis dictum fore videtur. Ecclesiae tamen consuetudo est, si desponsata alium virum sibi elegerit atque ab eodem carnali conjunctione polluta fuerit, secundo eam concedere. Quae tamen consuetudo, quibus auctoritatibus defendatur, me latere, non denego.

> referebat olim utrum sponsa erat benedicta cum sponso necne. Si benedictio illa solemnis intervenisset, sive secundus desponsasset eam, etiam nuptias celebrasset et cognovisset, tamen primum reformabatur matrimonium.

War zu dem Verlöbniss bereits die benedictio, d. h. die Trauung hinzugekommen, so hielt man auch früher, d. h. nach dem alten canonischen Recht, welches z. B. GRATIAN schildert (SICHARD schreibt nach der Reform durch Alexander III), die erste Ehe, d. h. die erste Verlobung aufrecht.[28]) Aber:

> si non processum erat a primo usque ad benedictionem, referebat, utrum statum esset in eisdem finibus a secundo cum primo vel non.

Wenn der erste Bräutigam noch nicht zur Trauung gelangt war, so kam es (nach altem Recht) darauf an, ob »von dem Zweiten in denselben Gränzen stehen geblieben war« wie von dem Ersten, oder nicht. Ich habe zunächst ganz wörtlich übersetzt, wenngleich in schlechtem Deutsch, um etwaige Missverständnisse auszuschliessen.[29]) Mit anderen Worten: es kam darauf an, ob der Zweite vielleicht schon getraut oder gleichfalls noch nicht getraut, also lediglich verlobt war.

> Si sic, rediebat ad primum; si ultra processum erat, manebat cum secundo, sive desponsatio erat de praesenti sive de futuro.

»Wenn ja«, wenn der Zweite es gleichfalls nur zur Verlobung gebracht hatte, so ging der Erste vor; wenn der Zweite aber »weiter vorangekommen«, d. h. bereits getraut war, so blieb die Braut (nach altem canonischen Recht) beim Zweiten. Also: es entscheidet nach altem canonischen Recht im Fall eines

---

[28]) Die Trauung erscheint in allen diesen Zeugnissen deutlich nicht als Eheschliessung, sondern als blosse »Vollendung«, Steigerung der Rechtskraft der voraufgegangenen Eheschliessung, nämlich der Verlobung.

[29]) Vgl. oben Note 22.

Doppelverlöbnisses nicht die Priorität der Verlobung, sondern die Priorität der Trauung. Die Betonung der Trauung entspricht dem deutschrechtlichen Gedanken, dass die Ehe bereits durch Trauung, nicht erst durch copula carnalis »consummirt« werde.[30]) Zugleich erhellt, dass dieser Rechtssatz genau der gleiche ist, welcher sich oben aus den langobardischen Quellen ergeben hat.[31]) Das canonische Eheschliessungsrecht Italiens war die Fortentwicklung des weltlichen italienischen, d. h. des deutschen, nämlich des langobardischen Rechts. Die Priorität der Trauung (und damit der Thatsächlichkeit der Ehe) entscheidet, obgleich nicht die Trauung, sondern die Verlobung Eheschliessung ist.[32])

---

[30]) Vgl. oben S. 62 und Eheschliess. S. 151.

[31]) Oben S. 28.

[32]) Aus dem Obigen ergiebt sich von selbst die Kritik der Auslegung, welche Friedberg S. 31 von unserer Stelle gegeben hat. Sichard von Cremona erklärt nach Friedberg »ausdrücklich«, dass die erste desponsatio in drei Fällen den Vorrang habe, nämlich 1) wenn sie durch copula carnalis consummirt war, 2) wenn eine priesterliche Benediction »erfolgt gewesen war«, 3) wenn »sie und der frühere desponsatus die etwa heimlich geschlossene Ehe eingestanden«. Aber Sichard sagt, wie der oben mitgetheilte Wortlaut zeigt, noch ausdrücklicher das Gegentheil. Er hat nämlich ausdrücklich nur einen Fall, in welchem das erste Verlöbniss vorgeht, den Fall, in welchem bereits die Trauung mit dem ersten sponsus erfolgt war. Daher hat er nur die eine Alternative: es kam darauf an, referebat olim, utrum sponsa erat benedicta cum sponso nec ne. Man mag mittelbar, aus den späteren Worten: »si ultra processum erat«, in Zusammenhalt mit dem anderweitig bezeugten canonischen Recht schliessen, dass die copula carnalis gleiche Wirkung mit der Trauung hätte (obgleich Sichard sie ganz deutlich nur als die selbstverständliche Folge der Trauung und daher als nicht besonders hervorzuheben denkt). Aber von dem dritten Fall Friedberg's: »Eingestehen der heimlich geschlossenen Ehe« (wodurch geschlossen?) ist in der Stelle mit keinem Wort weder direct noch indirect die Rede, wie überhaupt dieser Fall in der Art wie Friedberg ihn denkt (eine Eheschliessung, welche weder Verlobung noch Trauung, sondern ein drittes unbekanntes Etwas ist) nur in Friedberg's Vorstellung existiren kann. Ueberdies scheint Friedberg anzunehmen,

Zu dieser Ausführung fügt Sichard zum Schluss, wie schon mitgetheilt, hinzu: sive desponsatio erat de praesenti sive de futuro. Das altitalische canonische Recht unterschied (wie Gratian und Roland bestätigen) nicht zwischen desponsatio de praesenti und de futuro, nämlich nicht in dem Sinne, in welchem »jetzt« (zu Sichard's Zeit), nach Erlass der reformatorischen Decretale Alexander's III., zwischen Sponsalia de praesenti und de futuro unterschieden werden muss. Das alte Recht liess die erste Verlobung durch das zweite vollzogene Verlöbniss aufgehoben werden, auch wenn die erste Verlobung (im Sinne Sichard's und des neuen canonischen Rechts) de praesenti geschlossen war, und umgekehrt liess es, falls auch die zweite desponsatio noch unvollzogen war, das erste Verlöbniss vorgehen, ohne zu fragen, ob nicht vielleicht (im Sinne Sichard's) das erste Verlöbniss nur de futuro, das zweite aber de praesenti lautete. Das altcanonische Recht hatte keine Unterscheidung der Verlobungen, sondern unterschied nur, ob auf die Verlobung bereits die Trauung gefolgt sei oder nicht.

> Et haec consuetudo adhuc a Lombardis quibusdam observatur.

Wie Sichard, sehr wenig damit einverstanden, hinzufügt, hat sich dieses alte Recht noch jetzt (um 1180) in einigen lombardischen Diöcesen erhalten. Es waren dieselben Gebiete, in denen noch der Rechtssatz galt, dass ohne Unterscheidung (ob de praesenti oder de futuro) jede Verlobung Eheschliessung sei.[33]) Das alte Recht war hier so fest gewurzelt, dass es selbst der päbstlichen Gesetzgebung nicht weichen wollte. Ja, es hatte sich entwickelt, obgleich es von

---

dass Sichard's Aeusserung das einzige »werthvolle Zeugniss« für unsere Frage sei. Aus dem Obigen erhellt, dass wir eine ganze Reihe noch von anderen Zeugnissen haben, durch welche gleichfalls »ausdrücklich« nur die Relevanz der Trauung bezeugt ist.

[33]) Oben Note 20. 21.

vorneherein mit den Zeugnissen der Kirche lediglich in Widerspruch stand, obgleich, wie die Deduction GRATIAN's selbst (was ROLAND mit Recht bemerkt hat), wenngleich wider ihren Willen, ergab, die »Autoritäten« ausschliesslich gegen diesen Rechtssatz und keine einzige für denselben eintrat. Die einzige Thatsache, welche diese Erscheinung erklärt, ist, wie schon angedeutet, der Ursprung dieses Rechtssatzes aus dem altüberlieferten einheimischen langobardischen Recht. Darum haben wir hier auf's Neue die volle Bestätigung des schon früher gewonnenen Resultats: das erste Verlöbniss wird durch das zweite vollzogene Verlöbniss aufgehoben, nicht, weil die Verlobung als solche noch kein eheliches Verhältniss erzeugte, sondern, obgleich die Verlobung, und zwar jede Verlobung bereits Eheschliessung ist.

> Verum his cavillationibus summi pontificis medetur decretum, quod praecipit, sponsam de praesenti, etiamsi ab illo in matrimonium usquequaque perfectum assumta fuerit, ad primum redire.

Die reformatorische Decretale ALEXANDER's III. Licet praeter solitum (c. 3 X. de sponsa duor. 4, 4) hat jetzt aber (zu SICHARD's Zeit) jenen »Spitzfindigkeiten« des alten Rechts ein Ende gemacht und verordnet, dass das erste Verlöbniss schlechtweg vorgeht, wenn es nur eine desponsatio de praesenti war. Der Nachdruck, den das alte Recht auf die Trauung legte, ist aufgegeben, und die Priorität der Verlobung giebt den Ausschlag, jedoch mit Unterscheidung der Verlobungen, mit Unterscheidung der desponsatio de praesenti und de futuro.[34])

[34]) Die citirte Stelle des SICHARD findet sich gedruckt bei v. SCHULTE, Erster Beitrag zur Geschichte der Literatur über das Decret Gratian's, Wiener Sitzungsber. Bd. 63 S. 344. Bei v. SCHULTE in DOVE's Zeitschr. XI, S. 27 Note 13 ist die Frage, auf welche sich die von SICHARD, GRATIAN u. s. w. behandelte Lehre des alten Rechts bezog, nicht ganz correct dahin formulirt: »ob eine blos durch verba de praesenti geschlossene nicht vollzogene Ehe lösbar sei oder nicht«. Es handelte

Bevor ich das Resultat des Vorigen ziehe, will ich nur noch eine einzige Stelle auftreten lassen. Die Summa Coloniensis (um 1170) berichtet uns die Controverse zwischen der Gallicana und Transalpina ecclesia. Die Transalpini unterscheiden zwischen initiatum und consummatum matrimonium, also zwischen zwei Arten der Ehen, pactione conjugali (Verlobung) initiari, carnali copula consummari conjugium; die Gallicana ecclesia aber unterscheidet zwei Arten der Verlöbnisse, desponsatio legalis und desponsatio canonica, d. h. die desponsatio, quae in praesens, und die, quae in futurum concipitur; durch die letztere entsteht keine Ehe, durch die ersten aber entsteht volle Ehe.[35]) Und dazu PETRUS LOMBARDUS:

> Secundum hanc distinctionem desponsationis de sponsis varie loquuntur doctores.[36])

Aus allem Vorigen ergiebt sich das zweifellose Resultat, dass die Unterscheidung von Sponsalia de praesenti und de futuro, wie ich es schon mehrfach ausgedrückt habe, eine Unterscheidung der Verlobungen war, und zwar der Verlobungen im eigentlichen Sinne des Worts, d. h. um mich ganz unzweideutig auszudrücken, nicht der Verlobungen, welche, als formale Eheconsenserklärung, einen Bestandtheil der Trauungshandlung bildeten,[37]) sondern der Verlobungen,

---

sich vielmehr, wie aus dem Obigen hervorgeht, um die Frage, ob eine blos durch Verlobung geschlossene Ehe lösbar oder unlösbar sei, welche das alte Recht (wie SICHARD ausdrücklich hervorhebt und GRATIAN u. A. bestätigen) ohne Unterscheidung, das neue Recht ALEXANDER's III. aber mit Unterscheidung der Verlobungen beantwortete.

[35]) S. die Stelle Eheschliess. S. 118.

[36]) Eheschliess. S. 123. — Was FRIEDBERG S. 27 Note 3 betreffs der Lehre des PETRUS LOMBARDUS über die Sacramentalität der Ehe gegen mich bemerkt, ist nur unter der Voraussetzung verständlich, dass er die von mir citirte Stelle des PETRUS nicht gelesen hat, und HAHN, die Lehre von den Sacramenten S. 129, den FRIEDBERG gegen mich citirt, sagt vielmehr genau dasselbe wie ich.

[37]) Vgl. oben S. 40.

welche der Trauung voraufgehen. Die Verlobung, zu der noch keine Trauung hinzugetreten war, welche nach Gratian's Lehre ein conjugium initiatum, oder, wie er es auch (ohne seine Ansicht damit aufgeben zu wollen) nennt, noch kein conjugium machte, diese Verlobung, welche nach altlangobardischem und ebenso nach dem altcanonischen Recht Italiens durch zweites vollzogenes Verlöbniss aufgelöst wurde, sollte nach der reformatorischen Decretale Alexander's III. und ebenso, früher schon, nach der Lehre der gallikanischen Kirche bald eine Verlobung de praesenti, bald eine Verlobung de futuro sein. Daher wird die desponsatio auch als desponsatio de praesenti nicht als consummirt gedacht. Derjenige, der mit einer solchen desponsata sich carnaliter verband, muss sie an den primus herausgeben, qui eam non cognovit.[38]) Daher führt das zweite Verhältniss, die desponsatio, welche durch copula consummirt ist, die Bezeichnung des »matrimonium perfectum«[39]) im Gegensatz zu dem aus der ersten desponsatio de praesenti hervorgegangenen Verhältniss, welches als solches, weil nur durch Verlobung geschlossen, ein blosses conjugium initiatum im Sinn der alten Lehre, eine noch unvollkommene Ehe ist. Aus demselben Grunde heisst auch Diejenige, mit welcher Sponsalia de praesenti geschlossen sind, nicht uxor, sondern sponsa de praesenti.[40]) Die sponsa de praesenti ist die Braut, welche eben als solche schon in ehelichem Verhältniss steht. Und endlich, aus keinem anderen Grunde ist die Unterscheidung eine Unterscheidung von Sponsalia de praesenti und de futuro, von desponsatio, welche per verba de praesenti und per verba de futuro geschlossen wird, von desponsatio legalis und canonica. Die Rechtssprache des canonischen Rechts selber legt das directeste Zeugniss für den von mir vertheidigten Satz ab, dass

[38]) Vgl. die Summa Parisiensis. Eheschliess. S. 121.

[39]) S. die Stelle des Sichard oben S. 81.

[40]) Oben S. 81.

die Sponsalia de praesenti Verlobungen sind gleich den Sponsalia de futuro.

Noch von einer anderen Seite kommen wir zu genau demselben Ergebniss. Wie schon bemerkt, stammte die Distinction der Sponsalia de praesenti und de futuro aus der fränkischen Kirche.[41]) Die früher [42]) gegebene Untersuchung über das deutche Recht setzt uns jetzt in den Stand, den Ursprung der Differenz zwischen den Gallicani und den Transalpini zu erkennen. Nach weltlichem fränkischen Recht galt bereits, wie gezeigt, seit der Mitte des 7. Jahrhunderts der Rechtssatz, dass im Fall eines Doppelverlöbnisses, also gerade in dem Fall, der für die Entstehung der Lehre von den Sponsalia de praesenti eine so grosse Rolle spielte, die Priorität des Verlöbnisses den Ausschlag gab. Und zwar galt dieser Rechtssatz damals schlechtweg für jedes Verlöbniss, denn die »Distinction« der Verlöbnisse war noch nicht erfunden. Die fränkische Kirche hat, wie ersichtlich, an diesem Grundsatz auch fernerhin festgehalten. Ein Zeugniss aus dem Beginn des 11. Jahrhunderts giebt die Stelle des Burchard:

> Accepisti illam tibi uxorem, quam alter sibi disponsatam habuit, dimitte illam, quia numquam potest tibi fieri legitima et XL dies in pane et aqua, quod carrinam vocant, cum VII sequentibus annis poeniteas.[43])

Auch hier ist von Unterscheidung der Verlobungen noch keine Rede. Vielmehr hat schlechtweg das erste Verlöbniss den Vorzug. Das Motiv, welches diesem Rechtssatz zu Grunde liegt, ist, wie sich früher ergeben hat, das Interesse an der Ehe, welche durch die erste Verlobung, und zwar

[41]) Vgl. Eheschliess. S. 118 ff.

[42]) Oben Abschnitt I S. 20 ff. 24 ff.

[43]) Corrector Barchardi c. 45 (Wasserschleben S. 641). Im Corpus Juris canonici als c. 2 X de sponsa duor. (4, 4).

durch jegliche Verlobung, bereits geschlossen ist. Während das italienische Recht die Auflösung des ersten Verlöbnisses trotz seiner eheschliessenden Kraft annahm, meinte das fränkische Recht umgekehrt aus der eheschliessenden Kraft des Verlöbnisses die Aufrechterhaltung des ersten Verlöbnisses folgern zu müssen. Die fränkische Theologie des 12. Jahrhunderts hat lediglich die vollen Consequenzen dieses Standpunkts gezogen. Die Ehe muss schon auf Grund des Verlöbnisses als solchen unlöslich sein. Da aber die Autoritäten (»doctores«) entschieden mehrfach die Löslichkeit des Verlöbnisses voraussetzten, so half man sich damit, die Verlöbnisse zu »distinguiren«. Aus dem römischen Recht hatte man den Begriff eines Verlöbnisses kennen gelernt, welches die Ehe nur vorbereitet, nur spondet, non efficit conjugium. Daher die Lehre: man soll unterscheiden, ob das Verlöbniss ein römisches (Sp. de futuro) oder ein canonisches (Sp. de praesenti) Verlöbniss ist. Das »römische« Verlöbniss ist löslich, das »canonische« ist unlöslich.[44]) Die Unterscheidung der Verlobungen ging lediglich aus dem Bedürfniss hervor, das gewonnene Resultat mit den Autoritäten der Kirche in Einklang zu bringen. Sie war ein Nothbehelf der gallikanischen Doctrin des 12. Jahrhunderts, erfunden, um den Widerspruch der Kirchenlehrer (»doctores«) gegen die Unlöslichkeit des Verlöbnisses zu beseitigen.[45])

Es lag in der Natur der Dinge, dass die strengere, idealere Richtung, welche auch die blose Verlöbnissehe an der Unlöslichkeit der Ehe Theil nehmen liess, den Sieg davon tragen musste. Aus diesem Grunde hat Pabst Alexander III., der schon als Magister Roland die italienische Praxis nicht billigen konnte, durch seine reformatorische Decretale: Licet

---

[44]) Vgl. die Lehre des Petrus Lombardus und die Summa Colon. Eheschliess. S. 118. 122. 123.

[45]) Die völlige Klarstellung der zu Grunde liegenden wissenschaftlichen Täuschung wird sich unten, am Ende dieses Abschnitts, ergeben.

praeter solitum,[46]) das fränkische Recht von der Priorität des ersten Verlöbnisses in der Form, welche es durch die Doctrin des 12. Jahrhunderts gewonnen hatte, d. h. mit Unterscheidung der Verlöbnisse, recipirt.

Wir erkennen ganz deutlich, dass der Gegensatz der gallikanischen und der italienischen Kirche im 12. Jahrhundert zurückging auf den schon aus dem 7. Jahrhundert stammenden Gegensatz des italienischen (langobardischen) und fränkischen weltlichen Rechts. Die Zwiespältigkeit des canonischen Rechts war lediglich eine Folge der Differenzen deutscher Stammesrechte. Das canonische Eheschliessungsrecht des Mittelalters erscheint auch an dieser Stelle als eine blosse Entwicklungsform des deutschen Eheschliessungsrechts.

Vor Allem aber ist jetzt um so mehr ausser Zweifel, dass auch die s. g. Sponsalia de praesenti blosse Verlobungen bedeuten. Denn die Rechtskraft der Sponsalia de praesenti ist nichts Anderes als die Recktskraft des Verlöbnisses nach fränkischem, d. h. nach deutschem Recht. Die »canonische Verlobung« (Sp. de praesenti) ist die deutsche Verlobung, gerade wie die »canonische Verwandschaftsberechnung« die deutsche Art der Gradzählung darstellt.

Also: die Sponsalia de praesenti sind Verlobungen, die Sponsalia de futuro sind gleichfalls Verlobungen. Folglich: Sponsalia de praesenti und de futuro sind ein und dasselbe Rechtsgeschäft.

Den nämlichen Nachweis habe ich früher in meiner Arbeit über die Eheschliessung schon auf Grund des Inhalts und der Wirkung der Sponsalia de praesenti und de futuro erbracht.

Einmal habe ich bewiesen,[47]) dass die Sponsalia de praesenti nicht, wie man früher annahm, den römischen con-

---

[46]) c. 3 X. de sponsa duor. (4, 4).

[47]) Eheschliess. S. 129—133.

sensus nuptialis (den Willen gegenwärtigen ehelichen Zusammenlebens), sondern blossen consensus sponsalitius, den Willen künftiger ehelicher Gemeinschaft, ein blosses Eheversprechen enthalten. Es ist nicht zufällig (wie es ja auch nach geschehener Trauung vorkommen konnte und vorgekommen ist), dass das eheliche Leben mit dem Abschluss der Sponsalia de praesenti nicht coincidirt. Vielmehr ist es den Sponsalia de praesenti wesentlich und ergiebt sich aus dem Inhalt des Willens, welchen sie zum Ausdruck bringen, dass das eheliche Leben erst später, nämlich mit der Trauung, seinen Anfang nimmt. Mit anderen Worten: die Sponsalia de praesenti enthalten einen Willen, welcher kein Eheschliessungswille in unserem und im römischen Sinn ist, da wir, gleich den Römern, den Eheschliessungswillen mit dem consensus nuptialis identificiren.

Friedberg (S. 43) findet es jetzt sehr selbstverständlich, ja er erklärt es für »so wie so bekannt«, dass die canonische Eheschliessung durch Sponsalia de praesenti »gewöhnlich noch nicht das eheliche Zusammenleben herbeiführte, sondern erst die kirchliche Trauung«. Hätte Friedberg diese ihm jetzt so selbstverständlich dünkende Bemerkung etwas früher gemacht,[48]) so hätte er selber die Entdeckung machen können, dass das canonische Eheschliessungsrecht kein römisches Eheschliessungsrecht bedeutet, sowie dass die canonische Eheschliessung durch »Sponsalia de praesenti« eine Eheschliessung nicht durch Eheschliessungswillen (in unserem Sinn), sondern durch blossen Verlobungswillen darstellt.

Dennoch hält Friedberg (S. 40—46), weil ihm entgangen ist, worauf es ankommt, es für nöthig, eine längere

[48]) Vielmehr war der einzige Jurist, der schon früher diese Bemerkung gemacht hat, nicht etwa Friedberg, sondern v. Scheurl in seinen kirchenrechtl. Abhandl. S. 563. 564; doch meinte Scheurl, dass hier das canonische Recht lediglich auf einem Missverständniss des römischen beruhe. S. Eheschliess. S. 109 Note 2. S. 133 Note 46.

Polemik gegen meine Behauptung zu entwickeln. Auf einen Punkt, auf den Friedberg besonderes Gewicht legt, muss ich etwas näher eingehen, weil die Argumentationsweise Friedberg's bei Gelegenheit desselben in besonders deutlichem Licht erscheint.

Es handelt sich um c. 2 X. de matrim. contr. (4, 16), eine Stelle, welche ich für den soeben aufgestellten Satz citirt habe.[49]) Ich benutze die Stelle, um zu zeigen, dass »trotz der verba praesentis temporis und der auf eheliches Verhältniss gerichteten fides von einem ehelichen Leben der Verlobten keine Rede ist«, dass vielmehr der ehelichen Vereinigung noch erst die kirchliche Trauung voraufgehen muss, und, »weil« die kirchliche Trauung in dem concreten Fall wegen der Zeit der Fasten nicht hat stattfinden können, »so ist die Folge, dass unter den Verlobten nur die fides, d. h. die Verlobung de praesenti, aber keine weitere eheliche »»Verpflichtung«« (obligatio), d. h. keine copula carnalis, also keine eheliche Gemeinschaft zu Stande kommt«. Diese meine Interpretation wird von Friedberg S. 40 in folgender Weise referirt. Ich sage angeblich: »Hier haben zwei contrahirt, wie der Pabst selbst zugiebt, per verba praesentis temporis — fide hinc inde corporaliter praestita und es fehlte nichts als die kirchliche Trauung; dennoch entscheidet Alexander III., dass keine Verpflichtung zwischen ihnen entstanden sei, excepta sola fide de contrahendo«. Im ferneren Fortgang (S. 42) wird mir ausdrücklich Entstellung des Quellenmaterials und Täuschung meiner Leser zum Vorwurf gemacht, da diese Aeusserung, die »obligatio« der Brautleute angehend, von einer Parthei herrühre, nicht, »wie es nach Sohm's Referat erscheinen muss«, von dem Pabst.

Ein grösseres Missverständniss ist unmöglich. Ich spreche mit keinem Wort von einer Entscheidung des

[49]) S. Eheschliess. S. 129. 130.

Pabstes, sondern nur von dem Thatbestand, wie er dem Pabst zur Entscheidung vorgelegen hat. Dieser Thatbestand war, wie der Pabst als ein »sicut dicitur« referirt, ein matrimonium per verba praesentis temporis contractum. Ich constatire, dass trotz der verba praesentis temporis von keinem ehelichen Zusammenleben die Rede ist, und in Folge dessen von keiner weiteren »obligatio«, d. h., wie ich ausdrücklich hinzufüge, von keiner copula carnalis. Wie kann der Pabst denn (nach Friedberg's Referat) überhaupt »entscheiden«, dass keine copula carnalis erfolgt war? Und wie kann er diese »Entscheidung« gar »dennoch« treffen, obgleich nämlich keine Trauung erfolgt war. Was ich als blossen Thatbestand referire, suppeditirt Friedberg mir als »Entscheidung des Pabstes«, und was ich als eine Folge der nicht geschehenen Trauung hinstelle, wird von Friedberg mit einem »dennoch« eingeleitet.

Ich bin überhaupt nicht im Stande, mit dem, was Friedberg mir in den Mund legt, einen Sinn zu verbinden, geschweige den Sinn, welchen meine Darstellung in Wirklichkeit hat.

Es wird nicht als eine unbillige Anforderung erscheinen, wenn ich von Friedberg verlange, dass er meine Arbeit liest, falls er gegen sie polemisiren will.

Aber Friedberg (S. 40) fährt fort:

> »Die Stelle erscheint im Corpus Juris mit der Rubrik: sponsalia de futuro sind nicht im Stande, eine später, wenn auch gegen das Verbot der Kirche geschlossene Ehe zu entkräften, und ebenso [50]) finden wir in der Comp. I, woher sie stammt. Sind nun nicht hier Sponsalia de praesenti und de futuro dem Namen und der Sache nach gleichgestellt, und hat demnach nicht Sohm mit seiner Behauptung Recht? In der

[50]) Ueber die Bedeutung dieses »ebenso« kann nur Friedberg selber Aufschluss geben.

Compilatio I steht nichts von verba de praesenti, sondern nur »desponsasset«; auch nicht, dass nur die kirchliche Solemnität gefehlt habe. Nach der desponsatio sei Verdacht entstanden —. Der Pabst entscheidet, dass, wenn nur die erste desponsatio im Wege stände, beide von beiden Theilen später geschlossene Ehen gültig seien. In derselben Gestalt ist aber die Decretale in das Corpus Juris aufgenommen, ja, um jeden Zweifel auszuschliessen, fügten die Compilatoren noch bei der Entscheidung des Pabstes hinzu: wenn ein consensus de futuro vorhanden gewesen sei, dann seien die späteren Ehen gültig. Es erhellt, dass das durchaus dem von Alexander III. gesetzten Recht entspricht, und da die Decretale nur in der angegebenen Gestalt canonisches Recht geworden ist, so würde, wenn Sohm den Inhalt des Falles richtig angegeben hätte, doch das der Stellung des canonischen Rechts nicht präjudiciren,[51]) welches eben den status causae et controversiae anders vor sich hatte und die dem entsprechende Entscheidung als massgebend hinstellte«.

Aus diesen Gedankenverschlingungen wird dem Leser vor Allem nur das Eine klar, dass nämlich »Sohm« (der Sohm, der in Friedberg's Vorstellung existirt), jedenfalls ein ungeheures Verbrechen begangen hat. Wenigstens habe ich den Inhalt des Falles nicht »richtig« angegeben. Ja, von den verba de praesenti steht in der Compilatio I, welche Friedberg kennt (»Sohm« natürlich nicht), kein Wort,

[51]) Friedberg scheint der Ansicht, dass, wenn ich den Inhalt des Falles unrichtig wiedergegeben hätte, dies der »Stellung des canonischen Rechts« präjudiciren würde. Ich bin jedoch weit entfernt, einen solchen Einfluss, der ja sogar den »einigen Einfluss«, welchen Friedberg nach Mittheilung des ersten Satzes seiner Vorrede auf die moderne Gesetzgebung »geübt« hat, noch um Vieles übertreffen würde, auch nur annähernd in Anspruch zu nehmen.

und im Corpus Juris erscheint die Stelle in »derselben Gestalt«, ja es ist noch »de futuro« hinzugefügt (während ich nur von »de praesenti« spreche), so dass »Sohm« die ganze von ihm mitgetheilte Stelle einfach fabricirt, zum Mindesten gefälscht haben muss.

Dies ist der Eindruck den Friedberg's Darstellung auf jeden nicht näher über die Sache orientirten Leser macht.

Jetzt will ich bemerken, dass ich nicht den (abgekürzten) Text der Decretale im Corpus Juris canonici, sondern den vollständigen Text des Originals, an der Hand der Ausgabe des Corpus Juris canonici von Richter, d. h. gerade den Text, welchen die Compilatio I hat, meiner Darstellung zu Grunde gelegt habe. Von den Worten der Stelle, welche ich (Eheschliess. S. 129. 130) herausgehoben habe, steht kein Wort im Text des officiellen Corpus Juris canonici; sie finden sich vielmehr nur in der alten vollständigen Form der Decretale, welche die Compilatio I wiedergiebt, und welche Richter in seiner Ausgabe des Corpus Juris canonici restituirt hat. Ich habe die Stelle in dieser ursprünglichen Form benutzt, weil es darauf ankam, nicht das Recht des Corpus Juris canonici als solchen, sondern das Recht zur Zeit Alexander's III. kennen zu lernen. Eine besondere Ausgabe der Compilationes antiquae war hier in Strassburg nicht zu haben; ich habe sie mir aber von der Heidelberger Universitätsbibliothek kommen lassen, um zu untersuchen, ob der (von mir benutzte) Text bei Richter sich dennoch vielleicht von dem wirklichen Text der Compilatio I unterschiede, denn ich hatte von Friedberg's Ausführung den ganz bestimmten Eindruck, dass hier irgendwelche Discrepanz zwischen dem von mir benutzten Text und der Compilatio antiqua I bestehen müsse. Zu meinem Erstaunen musste ich jedoch finden, dass mein Text, den ich aus Richter entnommen, wörtlich (wie es auch an sich nicht anders zu vermuthen stand) mit der Compilatio I über-

einstimmte. Damit Jeder sich von dieser Thatsache überzeugen könne, will ich jetzt die Stelle, und zwar nach dem Wortlaut der bekannten Ausgabe der Compilatio I von LABBE,[52]) soweit es nöthig ist, vollständig hersetzen:

> Ex litteris venerabilis fratris nostri Cant. Archiepiscopi Apostolicae Sedis Legati ad audientiam Apostolatus nostri pervenit, quod cum G. de S. Leodegario M. filiam suam absentem cuidam juveni R. nomine desponsasset, post modicum, quibusdam ipsius mulieris consanguineis procurantibus, memoratus R. cum ea praesente per verba praesentis temporis contraxit, sicut dicitur, matrimonium, fide hinc inde corporaliter praestita, quod vir mulierem sicut uxorem legitimam de cetero exhiberet, et ipsa reverenter ei sine contradictione sicut viro legitimo obediret, nilque defuit, nisi solemnitas in facie ecclesiae celebranda, quae propter tempus quadragesimae tunc non potuit effectui mancipari.

Dem gegenüber behauptet FRIEDBERG (s. oben):

> »In der Compilatio I steht nichts von verba de praesenti, sondern nur »desponsasset«, auch nicht, dass nur die kirchliche Solemnität gefehlt habe«.[53])

Aus dem Vorigen ergiebt sich ferner, dass unsere Stelle durchaus nicht »in derselben Gestalt«, wie FRIEDBERG meint, in das Corpus Juris canonici übergegangen ist. Die eben

---

[52]) LABBE, Antiquae collectiones Decretalium, Paris 1609, p. 112.

[53]) Ich habe in einem zweiten Exemplar der FRIEDBERG'schen Schrift nachgesehen, um mich zu überzeugen, ob nicht etwa mein Exemplar allein in Folge eines Druckfehlers oder dgl. diese Stelle habe. Auf S. 41 spricht nämlich FRIEDBERG selbst von den zwischen beiden Brautleuten gefallenen »verba de praesenti«. Aber dennoch muss FRIEDBERG (und auch der ganze Gedankengang der ersten Hälfte seiner Ausführung lässt keine andere Ansicht zu) die obigen Worte wirklich geschrieben haben.

mitgetheilte Aeusserung FRIEDBERG's wird nämlich völlig correct, sofern man sie dahin umkehrt:

> Im Corpus Juris canonici steht nichts von verba de praesenti, sondern nur desponsasset«, auch nicht, dass nur die kirchliche Solemnität gefehlt habe.

Und zwar liegt der Grund der Aenderung klar auf der Hand. Die Decretale ALEXANDER's III. stand in ihrer ursprünglichen Form noch auf dem Boden des alten, von ihm selber aufgehobenen Rechts.

Der Fall war dieser. Zunächst hatte der Vater seine Tochter (absentem) verlobt (»desponsasset«). Bald darauf hatte der Bräutigam sich nun auch mit der Tochter selbst (cum ea praesente) verlobt, und zwar per verba praesentis temporis. Aber es kam nicht zur Trauung und daher nicht zum ehelichen Leben. Die Folge war, dass das Verlöbniss sich thatsächlich auflöste. Der Bräutigam verlobte sich und ward (trotz bischöflichen Verbots) kirchlich getraut mit einer Andern. Auch die Braut hatte inzwischen ihre Neigung geändert und verheirathete sich (obgleich ihr Vater bereits Klage gegen ihren ersten Bräutigam erhoben hatte) gleichfalls mit einem Dritten. Der Pabst giebt in seiner Entscheidung die nähere thatsächliche Untersuchung des Falles auf, mit der Massgabe:

> inquiratis diligentius veritatem et si nihil constiterit, quod impediat, praeter consensum, qui inter praefatum R. et Mariam asseritur praecessisse, secunda matrimonia inviolabiliter observanda, sublato apostolico diffugio judicetis.

Der Pabst erkennt also dahin, dass der blosse Consens zwischen Braut und Bräutigam, d. h. die blosse Verlobung ausser Stande sei, die später anderweitig geschlossene und vollzogene Ehe zu annulliren, und zwar ohne Unterscheidung, ob der consensus zwischen den Brautleuten de praesenti oder de futuro lautete, also ohne Unterscheidung

von Sponsalia de praesenti und de futuro. Und doch war ausdrücklich referirt worden (»sicut dicitur«), dass verba de praesenti gebraucht seien. Dem Pabst ist hier die Verlobung de praesenti mit der de futuro gleichwerthig, eben weil auch jene eine blosse Verlobung ist. Die Stelle widerspricht also dem neuen von Pabst Alexander selber eingeführten Recht[54]) und zählt, falls sie nicht etwa aus der Zeit vor seiner reformatorischen Decretale stammt, zu denjenigen Zeugnissen, welche ergeben, dass trotz der Decretale Licet praeter solitum die Praxis der römischen Curie noch schwankend war.[55]) Aus diesem Grunde ist unsere Stelle in das Corpus Juris canonici nicht in »derselben Gestalt«, sondern durchaus verändert aufgenommen. Die Rubrik lautet, wie bemerkt: »Sponsalia de futuro non habent dirimere matrimonium postea contractum cum alia.« Dem entsprechend ist der Inhalt geändert. Die »verba de praesenti« und das »nilque defuit« ist gestrichen. Es ist nur von dem »desponsasset«, d. h. von dem vom Vater abgeschlossenen Verlöbniss die Rede, und die entscheidenden Worte am Schluss lauten:

> Mandamus, quatenus, si nihil constiterit quod impediat, praeter consensum de futuro, qui inter praefatos

[54]) Dies hat selbst FRIEDBERG S. 41 halb und halb zugestanden: »Schlimmsten Falls würde sich nur ergeben, dass Alexander III. selbst sich einer argen Inconsequenz schuldig gemacht hätte —«.

[55]) Sehr treffend bemerkt THANER über die Zeit nach der Decretale Licet praeter solitum, in den Wiener Sitzungsber. Bd. 79 S. 214: »Rom selbst hatte sich eine feste Doctrin noch nicht gebildet«, und bezieht sich auf Comp. I, 4, 4 c. 7, wo ALEXANDER III. es in einer Decretale an den Erzbischof von Sens nur für »tutius« erklärt, die erste Ehe als gültig anzuerkennen. Erst die Compilatoren haben diese Schwankungen der Rechtsentwicklung getilgt und diese Decretale überhaupt nicht aufgenommen, während sie unsere Decretale geändert haben. Pabst Lucius III. kehrte noch wieder zu dem alten Recht zurück oben S. 72 Note 20. In Frankreich war dagegen die Gültigkeit des ersten Verlöbnisses (de praesenti) in allgemeiner unbestrittener Geltung (»universalis consuetudo«), vgl. THANER a. a. O.

R. et M. asseritur praecessisse, secunda matrimonia inviolabiliter observanda — judicetis.

Der Pabst wird also durch die Interpolation der Worte »de futuro«, durch Verwandlung des consensus schlechtweg in einen consensus de futuro corrigirt und dadurch mit dem geltenden Recht in Einklang gesetzt. Nur für den Fall (so lautet jetzt die päbstliche Entscheidung), dass der Consens der Brautleute ein consensus de futuro war, soll die zweite Ehe dem voraufgegangenen Verlöbniss vorgehen.

Also: was FRIEDBERG von der Decretale in ihrer ursprünglichen Gestalt (Compilatio I) sagt, passt vielmehr nur zu der Gestalt der Decretale im Corpus Juris canonici.

Es ist nur eine Erklärung möglich, nämlich dass FRIEDBERG die Compilatio antiqua I für das Corpus Juris canonici und das Corpus Juris canonici für die Compilatio antiqua I gehalten hat.

Unsere Decretale beweist also, gleich anderen, die ich früher besprochen habe, dass auch der »consensus de praesenti« ein Wille, sich zu Ehegatten haben oder nehmen, aber nicht ein Wille als Ehegatten leben zu wollen, d. h. ein blosses Versprechen der Ehe, ein Verlobungswille war.

Andererseits musste ich beweisen, dass die Sponsalia de futuro gleichfalls Verlöbnisse sind (dies lag auf der Hand), und dass sie in Folge dessen gleichfalls eheschliessende Kraft besitzen. Diesen Nachweis erbringt, von Anderem abgesehen, vor Allem der Rechtssatz, dass es nach Abschluss von »Sponsalia de futuro« nur noch der copula carnalis bedarf, um eine vollwirksame Ehe herzustellen, dass also die Sponsalia de futuro nicht eines weiteren Eheschliessungswillens, sondern nur der thatsächlichen Vollziehung durch copula bedürfen, um die Ehe zu erzeugen, dass sie also die Eheschliessung (die von Rechtswegen nothwendige Erklärung des Eheconsenses) bereits selber in sich enthalten. Um jedes Missverständniss auszuschliessen, habe ich ausdrücklich darauf

aufmerksam gemacht, dass die an die copula carnalis geknüpfte »Präsumtion« des matrimonium, von welcher die Quellen des canonischen Rechts an dieser Stelle reden, keine Präsumtion (des Eheeingehungswillens) im eigentlichen Sinn (s. g. praesumtio juris), sondern eine Fiction (s. g. praesumtio juris et de jure) ist, weil, wie ausdrücklich gesagt wird,[54]) diese »Präsumtion« einen Gegenbeweis (den Beweis, dass die copula ohne Eheabsicht vollzogen sei) nicht zulässt. Die copula wirkt also *nicht* kraft des mit ihr verbundenen Willens, denn dieser ist rechtlich gleichgültig, sondern lediglich als copula, d. h. die copula wirkt nicht als Eheschliessung, sodern lediglich als Ehevollzug. Diese Gedankenreihe meint Friedberg zu widerlegen, wenn er (S. 52) ausführt:

> »Ganz richtig, der thatsächlich bei der Vollziehung der copula vorhandene Wille ist *rechtlich gleichgültig*, aber doch *nicht, weil er nicht erforderlich* wäre, sondern *weil er als vorhanden präsumirt wird.*«

Folglich ist der bei der Vollziehung der copula vorhandene Wille nach Friedberg gleichgültig, aber doch nicht weil er gleichgültig wäre (er ist vielmehr erforderlich!), sondern weil er als vorhanden präsumirt wird. Hier ist schwer eine Auskunft zu finden. Wozu ist es denn überhaupt nöthig, dass »der thatsächlich bei der copula vorhandene Wille« (denn das ist ja der »er«, welcher erforderlich sein und zugleich präsumirt werden soll) noch »als vorhanden präsumirt« wird? Und wie kann der vorhandene Wille *deshalb* rechtlich gleichgültig sein, *weil* er ausserdem noch als »vorhanden präsumirt wird«?

»Der Styl ist der Mensch«, und in diesem Styl ist hier ein ganzes Buch geschrieben.

Aber sehen wir von den Schwächen der Formulirung ab. Friedberg's Meinung ist augenscheinlich: der bei Voll-

[54]) c. 30 X. de sponsal. (4, 1).

ziehung der copula vorhandene Wille ist rechtlich gleichgültig, weil der Eheschliessungswille als vorhanden präsumirt wird. Dies Resultat, welches wir bei einer benigna interpretatio gewinnen, ist aber wiederum in hohem Grade für den Urheber jener Aeusserung bedenklich. Denn seit den Arbeiten von Demelius u. A. gehört es zu den feststehenden Resultaten der Wissenschaft, deren Kenntniss man bei den für ein juristisches Publicum bestimmten Schriften vorauszusetzen pflegt, dass die Fiction des Gesetzgebers nicht bedeutet, dass der Gesetzgeber das Vorhandensein einer Thatsache vermuthet oder verlangt, dass man dasselbe vermuthe, sondern vielmehr, dass der Gesetzgeber von dem Nichtvorhandensein dieser Thatsache absieht. Um Friedberg's willen füge ich ein Beispiel hinzu. Es gab im klassischen römischen Recht Klagen, welche von Rechtswegen nur römischen Bürgern zustanden. Wenn es jedoch der Prätor billig fand, diese Klagen auch Nichtbürgern zu gewähren, so gab er sie unter der Fiction (in der Formel, durch welche er den judex zur Entscheidung der Sache anwies): »si civis Romanus esset.«[57]) Damit sagte der Prätor nicht, dass er das Vorhandensein der Civität bei dem Peregrinen »vermuthe«, noch verlangte er von dem judex, dass dieser die Civität »als vorhanden präsumire«, sondern er sagte, dass der Judex von dem Mangel der Civität absehen solle. Gerade so in unserem Fall. Wenn die päbstlichen Decretalen den Eheschliessungswillen bei der auf Sponsalia de futuro folgenden copula »präsumiren«, d. h. (unter Ausschluss des Gegenbeweises) fingiren, so sagen sie, juristisch ausgedrückt, nicht, dass bei der copula in solchem Fall der Eheschliessungswille als vorhanden »vermuthet« werden solle, sondern, dass der Richter von dem Mangel des Ehe-

[57]) Gajus IV, 37.

schliessungswillens absehen soll.[58]) Die copula als solche ist bekanntlich nicht Consenserklärung über Eingehung der Ehe, sonst müsste jede aussereheliche Geschlechtsgemeinschaft nach canonischem Recht (sobald nur beide Theile unverheirathet sind) die Ehe hervorbringen, d. h. es müsste kein stuprum im Rechtssinn geben, wovon bekanntlich das Gegentheil richtig ist.[59]) Da also die copula als solche keine Eheschliessung ist, da ferner der mit der copula verbundene Wille in unserem Fall rechtlich irrelevant ist, so ist klar, dass der einzige rechtliche Grund, welcher hier die copula zu einer consummatio matrimonii macht, in den voraufgegangenen Sponsalia de futuro zu suchen ist, d. h. in der Willenserklärung, welche sie enthalten. Sind Sponsalia de futuro geschlossen, so bedarf es keines neuen Eheschliessungswillens, d. h. keines neuen Rechtsgeschäftes, insbesondere keiner Sponsalia de praesenti mehr. Es genügt, dass auf die Sponsalia de futuro die copula, gleichgut in welcher Absicht, d. h. überhaupt die Thatsächlichkeit der Ehe, folge. Die Ehe kann wie durch Sponsalia de praesenti, so auch durch Sponsalia de futuro geschlossen werden. Sponsalia de praesenti und de futuro sind eben dasselbe

[58]) Wie der Prätor wusste, dass der Peregrine kein römischer Bürger sei, so wussten die Päbste, dass die copula auch nach voraufgehenden Sponsalia de futuro thatsächlich ganz andere Motive als den Ehewillen haben könnte, und gerade durch diese Fälle mangelnden Ehewillens sind sie natürlich zu ihrem Rechtssatz von der Fiction desselben gelangt.

[59]) Der Fall der erzwungenen Eheschliessung, in welchem nachträgliche freiwillige copula die Anfechtbarkeit der Ehe aufhebt, kann (gegen Friedberg S. 52) nicht angezogen werden, weil hier ja ganz zweifellos die copula nicht als Eheschliessungsact wirkt. Dass die copula überhaupt ein »Willensact« ist (Friedberg S. 53), wird wohl Niemand bezweifeln, wenigstens für die normalen Fälle. Bedenklicher ist es schon, die copula für eine »Willenserklärung« (Friedberg S. 52) zu halten. Aber es kommt ja nur darauf an, ob die copula als solche Erklärung eines Eheschliessungswillens ist, wovon keine Rede sein kann.

Rechtsgeschäft (ihr Unterschied besteht nur in der Theorie), und deshalb hat, trotz der theoretischen Unterscheidung, der praktische Instinct des Rechts zu dem gleichen Recht für beide Fälle gedrängt.[60]) Die Sponsalia de futuro sind nicht inhaltlich, sondern nur durch die verba von den Sponsalia de praesenti unterschieden. Aus diesem Grunde haben sie, wenn nur die copula nachfolgte, dieselbe eheschliessende Kraft wie die Sponsalia de praesenti.

Ueberdies aber hat meine Auffassung, welche allerdings den Erfolg hat, Das, was FRIEDBERG u. A. früher über diesen Punkt gelehrt haben, als unrichtig zu beseitigen, vor Kurzem durch ein Quellenzeugniss, welches die verdienstvollen Untersuchungen THANER's bekannt gemacht haben, eine glänzende Bestätigung gefunden.

Die Wirkung des votum (Keuschheitsgelübde, votum perpetuae continentiae) als Ehehinderniss ward gegen Ende des 12. Jahrhunderts vielfach verhandelt. Zur Herrschaft gelangte die (noch jetzt in der katholischen Kirche geltende) Unterscheidung von votum solenne und votum simplex: das erstere (unter welchem man damals ein öffentlich beglaubigtes Gelübde verstand) ist ein »trennendes«, dieses nur ein »aufschiebendes« Ehehinderniss, d. h. das erstere hat (für die trotzdem geschlossene Ehe) Nichtigkeitsfolge (impedit matrimonium contrahendum et dirimit contractum), das andere nur Straffolgen (impedit matrimonium contrahendum, sed non dirimit contractum). Daneben gab es aber eine ganz andere

[60]) Meine übrigen Argumente s. Eheschliess. S. 132—137. Auf alle von FRIEDBERG aufgestellten Behauptungen halte ich nicht für nöthig einzugehen, da die principielle Frage, auf die es allein ankommt, im Obigen erledigt ist. FRIEDBERG S. 51 meint, dass ich betreffs der bedingten Sponsalien die »längst widerlegten Ansichten Stahl's wieder belebe«, obgleich meine Auffassung dieses Falls eine Consequenz meines Begriffs der Sponsalia de futuro ist, welchen ich doch »unter allen Forschern seit fast sechshundert Jahren zum ersten Mal gesehen« habe (FRIEDBERG S. 46).

Lehre, deren Urheber der berühmte Huguccio (Professor in Bologna bis 1190, starb 1210 als Bischof von Ferrara) war. Darüber berichtet eine anonyme französische Glosse zur Summa des Stephan von Tournay am Ausgang des 12. Jahrhunderts[61]:

> Ugucio vero praemissam distinctionem sub sensu assignato[62]) non recepit. Nichil enim secundum ipsum refert quoad matrimonium, an tale votum sit simplex an solempne. Semper enim dirimit matrimonium, sive corde tantum sive verbis exprimatur, sive fiat cum solempnitate vel non.

Huguccio erklärt den Unterschied von votum solenne und simplex für gleichgültig, weil es ein rein äusserlicher Unterschied sei, denn »solempnitates non sunt de substantia voti, sed fiunt ad probationem«.[63]) Daher muss jedes Votum ein gleich wirksames, nämlich ein »trennendes« Ehehinderniss sein. Er drückt sich »präcise« dahin aus:

> omne votum perpetuae continenciae et solum[64]) impedit matrimonium contrahendum et dirimit contractum, et in nullo casu est matrimonium post perpetuae continenciae votum.

Aber doch muss man unterscheiden, denn diese Rechtskraft gilt nur für das Votum, welches ein »eigentliches«

---

[61]) Die Stelle ist mitgetheilt von Thaner: Zwei anonyme Glossen zur Summa Stephani Tornacensis, in den Wiener Sitzungsberichten Bd. 79, S. 216—218 (Wien 1875).

[62]) D. h. die »Distinction« von votum simplex und votum solenne.

[63]) Die Unterscheidung von Votum simplex und solenne, welche damals lediglich auf die Form des Gelübdes ging, hat später einen anderen Sinn erhalten, und ist bekanntlich jetzt votum solenne das Gelübde, durch welches Jemand in einen päbstlich approbirten Orden eintritt, während das votum simplex das ausserhalb eines solchen Ordens (z. B. beim Eintritt in eine Congregation) abgelegte Gelübde bedeutet.

[64]) D. h. jedes Gelübde, und zwar das Gelübde »allein«, an sich, ohne Rücksicht auf seine Form, ob simplex oder solenne.

Votum ist. Denn es giebt ein »uneigentliches« Votum neben dem »eigentlichen«:[65])

> Proprie, si quis voveat, quod de cetero servabit perpetuam continenciam, improprie, cum quis promittit, quod post annum vovebit perpetuam continenciam vel post mortem uxoris suae, si ei supervixerit.

Das »eigentliche« Votum ist das Gelübde, von nun an die Keuschheit bewahren zu wollen, während das »uneigentliche« Votum ein »Gelübde« ist, die Keuschheit später geloben zu wollen. Das ›uneigentliche‹ Votum ist, wie noch weiter hinzugefügt wird, eine »promissio vel propositum animi de faciendo voto in futuro.«

Es liegt auf der Hand, dass diese »Distinction« des Huguccio sehr ungeschickt gemacht ist. Denn sie ist in Wahrheit keine Eintheilung der vota. Vielmehr wird von dem votum, dem Versprechen der Keuschheit, ein ganz anderer Rechtsact, das Versprechen des Gelübdes unterschieden, ein Rechtsact, welcher überhaupt kein votum, auch kein »uneigentliches« votum ist. Der gemachte Unterschied entspricht dem Gegensatz des s. g. pactum de contrahendo (Vorvertrag, Vertrag über Vertragsschliessung) und des Hauptvertrags. So wenig das Versprechen, ein Darlehn zu geben (pactum de mutuo dando), ein »uneigentliches Darlehn«, ebensowenig ist das votum de vovendo ein »uneigentliches votum«. Das »uneigentliche votum« ist überall kein votum, und das »eigentliche« votum ist das einzige votum. Die angebliche Eintheilung der vota in vota propria und impropria ist eine »Eintheilung« der vota in solche, welche vota, und in solche, welche keine vota sind.

Aber die Lehre des Huguccio ward von seinen Anhängern und (wie sich zum Schluss ergiebt) auch von ihm selber, noch in einer andern Form vorgetragen:

[65]) Hoc autem verum est, si votum continentiae teneatur proprie. Accipitur enim quandoque improprie, quandoque proprie.

> Alii eundem sensum exprimunt sub hac distinctione sed aliis verbis, dicentes: Votum aliud de praesenti, aliud de futuro. Votum de praesenti est, quod fit tantum per verba praesentis temporis; votum de futuro, quod fit tantum per verba de futuro.

Genau dieselbe »Distinction« und nur andere Worte haben »alii«, indem sie die vota in vota de praesenti und vota de futuro eintheilen. Die vota de praesenti entsprechen den »eigentlichen«, die vota de futuro den »uneigentlichen« vota des HUGUCCIO.

> Per votum de praesenti vovetur continencia in praesenti, per votum de futuro promittitur, quod in futuro vovebitur continencia.

Das votum de praesenti ist ein votum continenciae, d. h. ein wirkliches votum, während das votum de futuro ein votum voti, d. h. kein votum ist. Die »Distinction« leidet auch in dieser Form, in Folge des gleichen zu Grunde liegenden Gedankens an dem Denkfehler, welcher soeben constatirt ist.

Nun die Folgerung:

> Post tale igitur votum de futuro non debet quis contrahere; si tamen contrahit, tenet matrimonium. Non enim obligatur ad continentiam servandam, sed promittendam et vovendam, et ideo non impedit, quin teneat matrimonium, sed peccat veniendo contra propositum, si contrahat.

Das votum de futuro ist kein trennendes Ehehinderniss, weil es »nur zum Gelübde, nicht zur Keuschheit verpflichtet«, einfacher ausgedrückt, weil es überhaupt kein votum ist.

Bis zu diesem Punkt ist die Theorie noch rein theoretisch und unschädlich geblieben; die eigentlich praktische Nutzanwendung ist aber eine ganz andere, und hier beginnt die wissenschaftliche Falschmünzerei:

> et in hoc casu loquuntur omnia capitula, quae dicunt nubentes post votum non separandos.

»Von diesem Falle«, von dem votum de futuro nämlich, »reden alle die Stellen, welche die Auflösung einer nach Ablegung eines votum geschlossenen Ehe verbieten«. Und weiterhin:

> Omnia ergo capitula hujus quaest. a principio usque ad cap. Nuptiarum intelliguntur de voto de praesenti; exinde usque ad finem qu. de voto de futuro.

»Alle Stellen also, welche Gratian in seiner C. 27 qu. 1 (auf diese quaestio bezieht sich die Glosse) vom Anfang bis zum c. 40 gesammelt hat (hier wird in Folge des votum die Auflösung der Ehe vorgeschrieben, das votum also als trennendes Ehehinderniss behandelt) beziehen sich auf das votum de praesenti; die übrigen Belegstellen aber bis zum Schluss (nach denen die Ehe trotz des votum bei Bestand bleiben, das votum also kein trennendes Ehehinderniss sein soll) beziehen sich auf das votum de futuro«.

Die Widersprüche, welche die historisch gegebenen Quellen bieten, sind in der befriedigendsten Weise durch eine »Distinction« gelöst. Aber das Mittel ist (sei es wissentlich oder unwissentlich) ein wissenschaftlicher Betrug. Nicht blos, dass die Quellen, welche in dieser Weise ausgelegt werden, überhaupt von einer »Distinction« der vota nichts wissen. Sondern noch mehr: die angebliche »Eintheilung« der vota in vota de praesenti und de futuro (oder propria und impropria) ist gerade nur zu diesem Zweck erfunden, um etwas, was nicht votum ist, nämlich das s. g. votum de futuro, den Quellenstellen unterzuschieben, welche von etwas sprechen, was wirklich votum ist. Ueberhaupt:

> Hac distinctione utitur Uguicius et sequaces ejus. Alexander vero III. et fere tota ecclesia utitur praedicta distinctione, quae est de voto solemni et simplici,

et quidem Alexander ponit eam in decretalibus —. Sed Ugucio respondet, quod non loquitur ut papa sed ut magister; vel dicit, quod ipse vocat votum simplex votum de futuro, votum solempne votum de praesenti.

Huguccio und seine Schule »gebrauchten« ihre Distinction, gerade wie die Kirche die andere, zur Herrschaft gelangte, von votum solenne und simplex, d. h. sie beabsichtigten selbstverständlich nicht blos Auslegung der Quellen, sondern praktische Anwendung ihrer Theorie. Wie die Kirche die praktische Wirkung des votum als Ehehinderniss von seiner Form, so wollte diese Schule die praktische Wirkung desselben (ob trennend oder nur aufschiebend) in ihrer Weise von seinem Inhalt abhängig machen.[66]) Die Fälschung des Quelleninhalts verband sich mit dem Resultat der Fälschung des geltenden Rechts. Wie man das »votum« der Quellen bald als ein »votum de praesenti«, bald als ein »votum de futuro« angesehen wissen wollte, ebenso sollte das votum des praktischen Lebens bald als ein votum de praesenti, bald als ein votum de futuro zu behandeln sein. Dass heisst: was wirklich ein votum war, sollte rechtlich behandelt werden, als wenn es kein votum wäre. Richtig gedacht ist, um auf die Ausdrucksweise jener Schule einzugehen, jedes votum, d. h. jedes Versprechen der Keuschheit, ein votum de praesenti, und musste also nach jener Lehre jedes votum ein trennendes Ehehinderniss sein. Das votum de futuro, Versprechen des Gelübdes, ist kein votum, und selbstverständlich daher auch kein Ehehinderniss. Aber in Folge wissenschaftlicher Täuschung, die wahrscheinlich eine Selbsttäuschung war, hielt man das votum de futuro für ein votum, und davon war wiederum die Folge, dass man die

[66]) Die Ausflüchte des Huguccio, dass Pabst Alexander III. in seinen Decretalen nur als »Professor« spreche, oder gar, dass seine Eintheilung mit der zur Herrschaft gelangten Eintheilung identisch sei, bedürfen keiner weiteren Kritik.

wirklichen vota sei es der Quellenzeugnisse, sei es des praktischen Lebens, bald für vota de praesenti bald für vota de futuro erklärte, d. h. dass man die wirklichen vota (an sich alle »de praesenti«) bald als trennendes Ehehinderniss, bald nicht als solches behandelte, dass man also für das gleiche Rechtsgeschäft, das Gelübde der Keuschheit, d. h. das votum, ein doppeltes Recht hatte, einmal das ihm entsprechende Recht (nach dieser Lehre die Rechtskraft eines trennenden Ehehindernisses), zum Andern ein ihm nicht entsprechendes Recht, das Recht nämlich, welches nicht dem votum, sondern dem blossen Versprechen, ein votum abzulegen, entspricht. Durch die Täuschung, dass die »Distinction« von vota de praesenti und de futuro wirklich eine Eintheilung der vota sei, ward auf wirkliche vota das Recht von Nicht-vota übertragen. Obgleich man vota de futuro in der Theorie richtig als blosse vota de vovendo definirte, ward doch durch die unrichtige Verstellung, hier eine Art des votum vor sich zu haben, bewirkt, dass man das votum continentiae, d. h. das votum schlechtweg, bei der Quelleninterpretation wie in der Praxis nach Massgabe des Rechts vom votum voti behandelte.

Die vota de futuro Huguccio's und seiner Schule, d. h. die Thatbestände, welche sie als vota de futuro behandeln wollten, waren in Wirklichkeit nichts Anderes als vota de praesenti; für den gleichen Thatbestand hatte diese Schule eine doppelte Kategorie und in Folge dessen doppelte Grundsätze, mit deren Hülfe sie die Quellen unter einander in »Einklang« und das geltende Recht in Widerspruch mit sich selbst setzte.

Hier haben wir den Schlüssel zu der Lehre von den Sponsalia de praesenti und de futuro.

Die Sponsalia de praesenti sind Verlobungen. Es giebt aber nur eine Art von Verlobungen: das Versprechen der Ehe. Also: jede Verlobung ist eine desponsatio de praesenti.

Aus diesem Grnnde geht das Recht, welches sich bei den Franken für die Verlobung schlechtweg entwickelt hatte, späterhin auf die Sponsalia de praesenti über.[67])

Die Sponsalia de futuro sind (in der theoretischen Definition) ein pactum de contrahendo über Abschluss des Verlobungsvertrags (also der Sponsalia de praesenti),[68]) also ein Versprechen der Verlobung, ein Versprechen, später die Ehe versprechen zu wollen. Folglich! so wenig das votum de futuro ein votum, so wenig sind die Sponsalia de futuro Sponsalien. Die Sponsalia de futuro sind keine Verlobungen.[69])

Aber: auch hier wird der Gegensatz von Sponsalia de praesenti und de futuro, wie schon die schiefe Bezeichnung des Gegensatzes ausdrückt, als eine »Distinction« der Sponsalien aufgefasst, und die Sponsalia de futuro, welche vielmehr (nach ihrem theoretischen Begriff) überall keine Verlobungen sind, werden als Unterart der Verlobungen gedacht.

Das Recht, welches für Sponsalia de praesenti und de futuro (in dem eben bezeichneten Sinne) gilt, ist selbstverständlich ein sehr verschiedenes. Die Sponsalia de praesenti sind Verlobungen und darum Eheschliessungen, die Sponsalia de futuro sind (nach ihrem Begriff) keine Verlobung, und darum keine Eheschliessung. Sind Sponsalia de praesenti geschlossen, so muss das Verhältniss (nach der von den Franzosen gezogenen Consequenz des Begriffs der Ehe) unlöslich sein, denn die Verlobung ist bereits die Eheschliessung. Sind aber nur Sponsalia de futuro eingegangen, so muss das Verhältniss selbstverständlich principiell löslich sein, denn das Versprechen der Verlobung ist natürlich noch keine Verlobung und darum noch keine Eheschliessung.

Dies entgegengesetzte Recht der Sponsalia de praesenti und de futuro wird aber auf den gleichen Thatbe-

---

[67]) Oben S. 84—86.

[68]) S. c. 16 X. de spousal. (4, 1). Eheschliess. S. 133 Note 47.

[69]) Vgl. Eheschliess. S. 133. 134.

stand, nämlich auf die Verlobungen schlechtweg, d. h. auf die Sponsalia de praesenti (im Sinn jener Theorie) angewandt. Die Selbsttäuschung, dass die Unterscheidung von Sponsalia de praesenti und de futuro eine Eintheilung der Verlobungen sei, bewirkt, dass man das Recht der Sponsalia de futuro nicht auf den ihm entsprechenden Thatbestand (das Versprechen, sich verloben zu wollen), sondern auf Verlobungen, d. h. eben auf Sponsalia de praesenti anwendet.

Petrus Lombardus sagt: »Secundum hanc distinctionem desponsationis de sponsis varie loquuntur doctores.« Wo in den Quellen von löslichen Verlöbnissen die Rede ist, sind Sponsalia de futuro, wo von unlöslichen, Sponsalia de praesenti zu verstehen.[70]) Die Täuschung, dass die Sponsalia de futuro wirklich Sponsalien seien, ist zu dem Zweck in's Werk gesetzt, um Quellenzeugnissen, welche von Verlöbnissen (d. h. im Sinne der Schule in Wirklichkeit von Sponsalia de praesenti) reden, einen ganz anderen Thatbestand unterzuschieben, einen Thatbestand, welcher überhaupt kein Verlöbniss ist. Dem »Einklang« der Quellenzeugnisse dient die Pseudodistinction. Die Verlobungen der Quellen werden von der Schule, um die Widersprüche zu beseitigen, als Nicht-Verlobungen ausgelegt.

Gerade so ergeht es der Rechtsanwendung. Die Thatbestände, welche als Sponsalia de futuro behandelt werden, sind in Wirklichkeit keine Sponsalia de futuro, sondern Sponsalia de praesenti, weil sie nämlich Verlobungen sind. Weil man die doppelte Kategorie von »Verlobungen«, getäuscht durch die Meinung, dass es sich wirklich um eine Eintheilung der Verlobungen handelt, unter den Verlobungen sucht und dieselbe auf die Verlobungen (welche doch in Wirklichkeit nur der einen Kategorie entsprechen) anwendet, so ist das Resultat, dass für den gleichen Thatbestand, die Ver-

[70]) Eheschliess. S. 123.

lobung nämlich, ein doppeltes Recht gelehrt und gehandhabt wird: ein Recht, welches diesem Thatbestand entspricht (die Unlöslichkeit des Verlöbnisses in Folge seiner Eigenschaft als Eheschliessung), und ein anderes Recht, welches diesem Thatbestand nicht entspricht (die freie Löslichkeit), ein Recht, welches aus dem Wesen der Verlobung, und ein anderes Recht, welches aus dem Wesen der Nicht-Verlobung deducirt ist. Die s. g. Sponsalia de futuro sind in Wirklichkeit Sponsalia de praesenti, welche nur nach dem Recht nicht des Verlobungsvertrags (wie sich gebührte), sondern des Verlobungsvorvertrags (pactum de contrahendis sponsalibus) behandelt werden.

Die gallikanische Lehre, in welcher diese »Distinction« der Sponsalien aufkam, wollte mit den Consequenzen ihrer Anschauung Ernst machen, insofern sie für die Sponsalia de praesenti schlechtweg Eherecht, für die »Sponsalia de futuro« keinerlei eheschliessende Kraft gelten liess. Das gemeine canonische Recht hat aber unter dem Eindruck der notorischen Thatsache, dass auch die Sponsalia de futuro Verlobungen waren, denselben dennoch, wie gezeigt, gleichfalls eheschliessende Kraft beigelegt, nur bedingt durch nachfolgende copula carnalis. Denn das gesammte canonische Eheschliessungsrecht geht auf das eine Princip zurück, dass die Verlobung die Eheschliessung darstellt.

So ergiebt sich von allen Seiten das Resultat: die »Unterscheidung« von Sponsalia de praesenti und de futuro war nicht, wie es den Anschein hatte, eine Unterscheidung des Thatbestandes, sondern nur eine Unterscheidung des Rechts, welches für den gleichen Thatbestand doppelte Antwort gab. Je nachdem die »verba« de praesenti oder de futuro lauteten, konnte dasselbe Rechtsgeschäft, die Verlobung nämlich, vom geistlichen Richter bald als unlösliche Eheschliessung, bald als freilösliches Versprechen der Eheschliessung behandelt werden. Da in weitaus der grössten Masse von Fällen

die technischen verba de praesenti oder de futuro (»accipio« oder »accipiam«) bei Verlobungen nicht gebraucht wurden, so hatte die Praxis damit, wie ich es schon früher ausgedrückt habe, einen »Freibrief«, der ihr gestattete, jedes Verlöbniss je nach Umständen und Erfordern des Falles als Eheschliessung oder nicht als Eheschliessung zu behandeln.[71]) Nur für wenige Fälle (die clausulirten Verlöbnisse) stellte sich unter Mitwirkung der päbstlichen Gesetzgebung die feste Praxis heraus, sie lediglich als »Sponsalia de futuro« gelten zu lassen.

Was als Sponsalia de praesenti und de futuro behandelt wurde, war das gleiche Rechtsgeschäft, nicht durch seinen Inhalt (essentialia negotii), sondern nur durch »Worte« unterschieden. Es war eine wissenschaftliche Täuschung, welche hier zu Grunde lag, und wenn auch »alle Forscher seit fast sechshundert Jahren« (Friedberg S. 46) sich haben täuschen lassen, so wird am Ende doch Luther Recht behalten, wenn er sagt:

> »Gleichwie sie ein lauter Narrenspiel getrieben haben cum verbis de praesenti vel futuro.«

Aus diesem Grunde hat die evangelische Kirche mit vollem Recht von den Banden der alten Scholastik sich befreit, wenn sie jedes (nicht clausulirte) Verlöbniss für Sponsalia de praesenti erklärte und mit der vollen, durch »cavillatio verborum« nicht mehr wegzuinterpretirenden eheschliessenden Kraft bekleidete. Denn die Verlobung ist die Eheschliessung wie des deutschen, so des canonischen und des altevangelischen Rechts.

---

[71]) Eheschliess. S. 137. 138.

IV.

Die Reformation.

Im Vorigen habe ich die Grundlagen meiner historischen Auffassung gegen FRIEDBERG's Angriff sicher gestellt. Die Auffassung der späteren Entwicklung bestimmt sich lediglich durch die Consequenz der für das ältere Recht festgestellten Ideen. Ich kann daher darauf verzichten, den weiteren Ausführungen FRIEDBERG's über das tridentinische Concil und das protestantische Eheschliessungsrecht (S. 54—69) im Einzelnen zu folgen.

Ich hebe nur hervor, dass FRIEDBERG (S. 55) meinen fünften Abschnitt über »die kirchliche Handlung im Mittelalter« als »Excerpte« aus seinem Buch bezeichnet, welche »keine Erwähnung erfordern«. In diesem Abschnitt habe ich nämlich FRIEDBERG's Ansicht, wie die Kirche es so »kunstvoll anstellte, bis sie die Trauung, d. h. die Eheschliessung, in die Hand bekam« (gewissermassen durch eine Art frommen Betrugs am deutschen Volk) widerlegt,[1]) und findet sich, davon abgesehen, dass ich ich nicht unerheblich neues Material beigebracht habe,[2]) kein einziger meiner Gedanken bei

[1]) Vgl. oben S. 53 Note 27.

[2]) In seiner Vorrede S. V meint FRIEDBERG von meiner ganzen Arbeit, dass sie »wenig neuen Apparat beibringt«. Damit will FRIEDBERG augenscheinlich sagen, dass die von mir benutzten Quellenzeugnisse bereits im Corpus Juris canonici, in Urkundenwerken und sonstigen Quel-

Friedberg, noch konnte er sich finden, weil Friedbeg, als er sein Buch schrieb, eingestandener Massen den Begriff der Trauung (welcher erst die juristische Auffassung des Inhalts und der Geschichte der kirchlichen Handlung ermöglicht) nicht gekannt hat.

Es genügt, zu bemerken, dass bei Friedberg selbstverständlich Luther und die gesammte Reformationszeit wiederum in den auffallendsten Irrthümern und Missverständnissen befangen ist. Das gesammte Eheschliessungsrecht der evangelischen Kirche im 16. und 17. Jahrhundert ist eine blosse Entartung und in fortwährendem Widerspruch mit der nach Friedberg im deutschen Recht begründeten und »im Volk immer wirksam gewesenen« Rechtsauffassung (S. 68). »Man dachte nicht daran, in gesunder Weise der Wahrheit die Ehre zu geben und zu sagen: die Trauung macht die Ehe, sondern man konnte sich von den Fesseln des canonischen Rechts nicht lösen, man identificirte nach wie vor Sponsalien und Ehe« (S. 64). »Auch das Studium des römischen Rechts bringt die Juristen nicht auf andere Gedanken. Im Gegentheil.« (S. 67). Wunderbar! Entweder das 16. und 17. Jahr-

lenausgaben gedruckt sind, was ich selbstverständlich zugebe. Unmöglich aber kann Friedberg meinen, dass mein Apparat etwa aus seinem Buche stamme. Sollte Friedberg wirklich der Ansicht sein, dass der Apparat, welchen ich z. B. meiner Darstellung des deutschen und canonischen Rechts zu Grunde gelegt habe, sich schon in seinem Buche finde? Ich habe an jeder Stelle, wo ich der Materialsammlung Friedberg's Dank schuldig bin, ausdrücklich darauf hingewiesen und bemerke hier, um ein Uebriges zu thun, dass die Arbeit Friedberg's eine gute Vorarbeit für die Darstellung der Geschichte der Eheschliessung giebt, insofern sie die Zeugnisse aus deutschen Dichtern, aus französischen Ritualien und aus Doctrin und Praxis der evangelischen Kirche gesammelt hat; aber nicht mehr: die eigentlichen Rechtsquellen sowohl des deutschen wie des canonischen Rechts sind bei Friedberg so gut wie gar nicht vertreten. Gewiss ist Friedberg im Recht, wenn er auf den Charakter seiner Arbeit als Materialsammlung grossen Werth legt, doch darf diese Werthschätzung nicht zur Selbsttäuschung werden.

hundert hat nicht gewusst, was denn geltendes deutsches Recht sei, oder Friedberg weiss es nicht.

Es muss besonders betont werden, dass nicht etwa Luther, den man für einen »guten Christen, aber schlechten Juristen« halten könnte, persönlich für das protestantische Eheschliessungsrecht des 16. und 17. Jahrhunderts verantwortlich zu machen ist. Es war vielmehr die gesammte evangelische Kirche Deutschlands, und zwar die reformirte Kirche in gleicher Weise wie die lutherische, welche für den nach Friedberg's Ansicht (und ebenso nach der bisher herrschenden Lehre) so überaus auffallenden und dem überlieferten Recht angeblich widersprechenden, nur durch Missverständniss erklärbaren Grundsatz eintrat, dass durch Verlobung, und zwar durch jede (unbedingte) Verlobung eine unlösbare Ehe geschlossen wird.[3]) Und nicht blos Luther und die Theologen, sondern ebenso die Gesetzgeber und die Juristen der evangelischen Kirche während des ganzen 16. und 17. Jahrhunderts, in Süddeutschland wie in Norddeutschland, bezeugen einhellig genau das gleiche Recht. Es ist bekannt genug, wie zäh die Juristen, und zwar gerade auch die sächsischen Juristen an dem überlieferten canonischen Recht hielten, und wie Luther darüber mit den »bösen Juristen« in heftigen Conflict gerathen ist. Aber keine Spur eines solchen Gegensatzes findet sich auf dem Gebiet der Eheschliessung. Wäre Luther wirklich jener unbedachte Neuerer gewesen, zu dem Friedberg ihn hat machen wollen, so wäre es ganz unerklärlich, dass nicht irgendwelche Opposition aufgetreten ist. Man braucht sich ja nur an die Civilehegesetzgebung von heute zu erinnern, um zu sehen, von welchem Widerstand selbst eine in bester gesetzlicher Form erfolgte plötzliche Neuerung des geltenden Eheschliessungsrechts begleitet ist.

Die Erklärung, welche Friedberg (S. 59) sich jetzt zurecht gelegt hat, dass Luther nämlich bei den alten Kirchenvätern

[3]) Man vgl. die Zusammenstellung Eheschliess. S. 198 ff.

von der eheschliessenden Wirkung des Verlöbnisses gelesen habe, dass es ihm »sprachlich unmöglich erschien, aus den bei Verlobungen gebrauchten Worten eine verschiedenartige, je nachdem auf Verlöbniss oder Ehe gerichtete Tendenz zu entnehmen«,[4]) dass ferner auch »das römische Recht dazu mitwirkte« (nach welchem die Ehe bekanntlich nicht durch Verlobung geschlossen wird), ist vielmehr das Gegentheil einer Erklärung. Wenn LUTHER auch noch so sehr durch die Kirchenväter beeinflusst und von denselben für die Eheschliessung durch Verlobung eingenommen worden wäre (die beiden anderen Argumente FRIEDBERG's können auf sich beruhen bleiben), so wäre er doch wahrlich dadurch schwerlich auf den Gedanken gekommen, den FRIEDBERG ihm zuschreibt, das ganze geltende Eheschliessungsrecht auf den Kopf zu stellen, und wenn er auf diesen Gedanken gekommen wäre, so hätte er ihn doch durch eine blosse Broschüre (denn mehr war seine Schrift von Ehesachen ja nicht) unmöglich ohne jede Spur des Widerstandes für das ganze evangelische Deutschland in's Werk setzen können. Das evangelische Eheschliessungsrecht der Reformationszeit kann nichts Anderes sein als die unveränderte Wiedergabe des altüberlieferten mittelalterlich-canonischen Rechts, und LUTHER's Schrift von Ehesachen hat durch die Richtigstellung des Gegensatzes von Sponsalia de praesenti und de futuro nur die Klärung desselben herbeigeführt. Die entgegengesetzte Annahme, welche früher allgemein herrschend war, und welche FRIEDBERG noch jetzt aufrecht erhält, ist historisch einfach unmöglich. So erzählt uns denn auch LUTHER in seinen Tischreden, wo er nicht etwa Vorschläge zur Aenderung des Eherechts bringt, sondern aus dem Munde des Volks heraus berichtet, von

[4]) FRIEDBERG ist augenscheinlich davon überzeugt, dass die angegebene Unterscheidung sowohl sprachlich wie sachlich möglich sei. HUGUCCIO wäre zweifellos derselben Ansicht gewesen.

seiner katholischen Zeit, als er noch »im Kloster« war, wie die Leute zu ihm kamen in der Beichte und sprachen:

> »Lieber Herr, ich habe ich itzt eine Frau, der habe ich's heimlich gelobt; wie thue ich ihm immermehr? Helft mir lieber Herr Doctor, dass ich nicht verzweifle, denn Greta, mit der ich mich am ersten verlobt hab, ist mein recht Eheweib.«[5])

Die eheschliessende Kraft der Verlobung, von welcher LUTHER und die ganze evangelische Kirche Zeugniss abgelegt hat, war nicht in einem unbegreiflichen und nirgends bezeugten Kampf mit dem »im Volk immer wirksam gewesenen« Recht, sondern direct der Ausdruck der im Volk lebendigen Rechtsauffassung.

FRIEDBERG kann es denn auch nicht leugnen, dass nach dem übereinstimmend überall bezeugten evangelischen Recht des 16. und 17. Jahrhunderts die Ehe durch Verlobung geschlossen wurde, und wenn FRIEDBERG uns trotzdem, ohne auch nur den Versuch eines Beweises zu erbringen, versichert, dass der »gesunde Sinn des Volkes« wohl sein »Treuwort« gehalten, aber doch »in den Verlöbnissen keine Ehen erblickte, sondern die Ehebegründung in der kirchlichen Handlung nach wie vor suchte« (S. 61), so werden wir nur den Widerspruch constatiren, in welchem er sich mit der gesammten, unzweideutigen historischen Ueberlieferung befindet.

Aber trotz der Eheschliessung durch Verlobung nahm doch das eheliche Leben seinen Anfang, und durfte es auch von Rechtswegen erst seinen Anfang nehmen mit der »consummatio matrimonii«, mit der »Vollendung« der Ehe, welche durch die Verlobung nur erst als unvollendete Ehe (»matrimonium initiatum«) mit den lediglich negativen Wirkungen des ehelichen Treuverhältnisses zu Stande gekommen war. FRIEDBERG hält diesen Begriff der consummatio matrimonii für einen »künstlichen«, der »mit Unrecht« von der evan-

[5]) S. die Stelle, Eheschliess. S. 189.

gelischen Doctrin und Praxis einhellig festgehalten wurde, obgleich man ihn, wie FRIEDBERG versichert, »in der Praxis gar nicht brauchen konnte« (S. 65). Dennoch soll wiederum diese Lehre von der »consummatio matrimonii« ein »Ausdruck der nationalen Empfindung« sein, dass nämlich die Eheschliessung durch Verlobung »der Rechtsauffassung des Volkes nicht entspreche, beinahe so wenig wie die frühere Decretalenlehre« (S. 62).[6] Man muss sich nur darüber wundern, woher das ganze Mittelalter, woher LUTHER und die ganze evangelische Kirche zu ihrem Eheschliessungsrecht gelangt sind, welches theoretisch (nach FRIEDBERG) so äusserst unbegreiflich, »künstlich« und ausserdem noch mit der im Volk lebendigen Rechtsauffassung in geradem Widerspruch befindlich ist. Jedenfalls legt FRIEDBERG selber das Zeugniss ab, dass unsere Quellen des protestantischen Eheschliessungsrechts uns die Rechtsauffassung von der Schliessung einer unvollkommenen Ehe durch Verlobung, und von der späteren »Vollendung« dieser Ehe (durch copula oder Trauung) einstimmig überliefern. Damit ist nach FRIEDBERG's eignem Zugeständniss — denn er sagt selber (S. 61), dass das Volk die kirchliche Trauung als »Ehebegründung«, d. h., richtiger ausgedrückt, als die nothwendige Voraussetzung des ehelichen Lebens ansah — wiederum bewiesen, dass der Begriff einer Eheschliessung mit zunächst blos negativen Wirkungen (Erzeugung des ehelichen Treuverhältnisses) wie im Mittelalter, so in der evangelischen Kirche des 16. und 17. Jahrhunderts

[6]) Mit der »Decretalenlehre«, welche hier bei Gelegenheit (zur Ueberraschung des Lesers) gleichfalls von FRIEDBERG missbilligt wird, ist FRIEDBERG in den übrigen Theilen seines Buchs sehr einverstanden. Nach FRIEDBERG S. 38 schliesst sich das von Alexander III. gesetzte Recht »dem in allen Ländern geltenden Recht durchaus an« (man sollte denken, dass unter »allen Ländern« auch Deutschland gemeint ist). Das canonische Recht stimmt nach S. 58 in seinen Grundgedanken mit dem römischen, zugleich auch mit dem deutschen, und nach S. 46 auch mit dem modernen Recht überein. Mehr kann man doch nicht verlangen.

existirt und lebensfähig existirt hat: er ist der treibende Gedanke des gesammten evangelischen Eheschliessungsrechts bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts und darüber hinaus gewesen. Es wird Niemanden Wunder nehmen, wenn FRIEDBERG (S. 60) trotzdem behauptet, dass das Verlöbniss schon das positive Recht des ehelichen Gemeinlebens erzeugt hätte.[7]) Denn das »Volk« FRIEDBERG's befindet sich in unausgesetztem Widerspruch auch mit dem von FRIEDBERG selber als geltend gesetzten Recht.

Die »Vollendung« der Ehe erfolgte nach dem Recht der evangelischen Kirche ursprünglich durch copula carnalis, auch hierin dem mittelalterlich-canonischen Recht entsprechend. Doch trat bald, in Wiederherstellung der ursprünglich deutschen Rechtsideen die Trauung neben der copula als die normale, später als die ausschliesslich zulässige Consummationshandlung auf. Die Trauung führte dann, wie einst, mit der realen Vollziehung der Ehe zugleich ihre rechtliche Vollwirksamkeit herbei. Aus einer rechtlich gleichgültigen Handlung ist die Trauung in der evangelischen Kirche wiederum zu einem rechtlich relevanten Act geworden: eine Entwicklung, die im Lauf des 17. Jahrhunderts sich soeben vollendet hatte, als die Trauung im Lauf des 18. Jahrhunderts durch Reception des römischen Verlöbnissrechts zu dem einzig relevanten Act, zu einer Eheschliessung im modernen Sinn, erhoben wurde.

An diesem Ort gehe ich auf die Bemerkungen ein, welche FRIEDBERG an die bekannte Aeusserung des Lutherischen Traubüchleins geknüpft hat:

> »Aber so man von uns begehrt, für der Kirchen oder in der Kirchen sie zu segnen, über sie zu beten,

[7]) Ich habe nicht nöthig, hier die ganze Ausführung, Eheschliess. S. 232 ff., wo der directe Gegenbeweis gegen diese Ansicht FRIEDBERG's erbracht ist, zu wiederholen.

oder sie auch zu trauen, sind wir schüldig, dasselbige zu thun.«

Diese Stelle glaube ich allerdings zuerst richtig verstanden zu haben,[8]) und muss ich, trotzdem FRIEDBERG (S. 61 Note 1) »bedauert«, mir dies »Verdienst schmälern zu müssen«, noch jetzt bei dieser Ansicht beharren. Ich brauche nur zu bemerken, dass FRIEDBERG früher überhaupt nicht gewusst hat, was »trauen« ist, dass er vielmehr früher (Recht der Eheschliessung S. 205) in der Trauungshandlung LUTHER's eine blosse »Benediction« gesehen hat, also »trauen« mit »segnen und beten« für identisch gehalten hat. FRIEDBERG war dadurch früher überhaupt ausser Stande, den Sinn der Stelle auch nur annähernd zu verstehen.

Auch jetzt, nachdem FRIEDBERG gelernt hat, was »trauen« ist, und nun mit Hülfe dieser gewonnenen Erkenntniss die Stelle gegen mich gebrauchen möchte, versteht er sie trotzdem noch nicht. FRIEDBERG ist noch jetzt der Ansicht, dass von einem Begehren »der Obrigkeit« die Rede sei, nicht, wie ich die Stelle ausgelegt habe, von einem Begehren der Brautleute. Er beruft sich auf die lateinische Uebersetzung, versäumt aber die Stelle, welche ich[9]) daraus mitgetheilt habe, vollständig wiederzugeben.

Lateinisch heisst es:

Si vero a nobis petitur, ut desponsatos vel ante ve intra templum copulemus, eis benedicamus aut pro ipsis oremus, hoc sane ipsis officii debemus.

Es ist doch klar, dass mit dem »schuldig sein« (nämlich zu trauen u. s. w.) ein schuldig Sein gegenüber dem Begehrenden gemeint ist. Hier heisst es ja aber ausdrücklich:

---

[8]) Es ist sonst nicht meine Neigung, derartige Umstände ausdrücklich zu betonen. Aber dem Verfahren FRIEDBERG's gegenüber sehe ich mich hier, wie auch an anderen Stellen dieser Schrift, genöthigt, mein geistiges Eigenthum geltend zu machen.

[9]) Eheschliess. S. 238 Note 75.

„so sind wir ihnen schuldig dasselbige zu thun.“ Die ipsi sind mit den voraufgehenden »ei« und »ipsi«, d. h. mit den desponsati, identisch. Also sagt der lateinische Text ausdrücklich, dass die desponsati selber[10]) die Begehrenden sind.

Aber es kommt hinzu, dass LUTHER uns direct gesagt hat, wen er sich als die »Begehrenden« gedacht hat. Am Schluss der Einleitung zu seinem Traubüchlein heisst es:

> »Denn wer von dem Pfarrherr oder Bischof Gebet oder Segen begehrt, der zeiget damit wohl an (ob ers gleich mit dem Munde nicht redet) in was Fahr und Noth er sich begibt und wie hoch er des göttlichen Segens — bedarf.«[11])

Es ist doch geradezu unmöglich, hier Andere als die Brautleute, geschweige denn den Staat unter dem Begehrenden zu verstehen.

FRIEDBERG ist der Ansicht, dass LUTHER in der besprochenen Stelle des Traubüchleins »die kirchliche Trauung als juristisch gleichgültig hinstellt« (S. 61). Allerdings war, wie schon bemerkt, die Trauung zu Luther's Zeit rechtlich irrelevant; aber ein Argument für diese Thatsache kann aus jener Stelle des Traubüchleins nur in Folge eines Missverständnisses abgeleitet werden.

LUTHER spricht allerdings von dem Begehren der kirchlichen Trauung seitens der zu Copulirenden als einer Voraussetzung derselben. Gewiss hat auch in der neuesten Zeit niemals ein Pfarrer getraut ohne dass die Trauung von ihm begehrt worden wäre. Und doch wird selbst FRIEDBERG zu-

---

[10]) Wenn es heisst »petitur«, so ist damit nur das »man begehrt« wörtlich übersetzt. — Den obigen Gedanken habe ich schon früher, Eheschliess. S. 238 Note 75 ausgedrückt, indem ich »ipsis« gesperrt drucken liess.

[11]) Erlanger Ausgabe Bd. 23 S. 210. — Auf diese Stelle hat mich v. SCHEURL aufmerksam gemacht.

geben, dass daraus (bis zur Einführung der obligatorischen Civilehe) nicht die Irrelevanz der kirchlichen Trauung gefolgert werden kann. Aber LUTHER unterscheidet das Trauen vom Segnen und Beten und scheint vorauszusetzen, dass die kirchliche Handlung bei Eingehung der Ehe sich auf blos geistliche Handlung (Segnen und Beten) beschränken, die Trauung also fortfallen könne. Ich finde es jetzt (anders als früher, Eheschliess. S. 239) zweifelhaft, ob LUTHER wirklich diese Meinung hatte. In dem oben mitgetheilten lateinischen Text erscheint vielmehr die Trauung (copulemus) als bei der kirchlichen Handlung selbstverständlich, und das »oremus« ist mit »aut« hinzugefügt, so dass es hier heisst: »wenn wir gebeten werden, Brautleute vor oder in der Kirche zu trauen, sie zu segnen, oder auch für sie zu beten.« Dabei ist natürlich nicht die Meinung, dass das Beten wegfallen könne. Ebenso scheint in dem deutschen Text »oder sie auch zu trauen«, das Wort »oder« lediglich in copulativem Sinne genommen zu sein. Danach würde also von Beweiskraft diese Stelle für »juristische Unwesentlichkeit der Trauung« keine Rede sein. Aber, gesetzt den Fall, LUTHER hätte wirklich gemeint, dass die Trauung unterbleiben könne, so fragt sich doch, welche Gründe LUTHER sich für ein solches Unterbleiben gedacht hat. FRIEDBERG sagt: weil die Trauung »juristisch irrelevant« war. Es ist aber sehr wohl ein anderer Grund denkbar. Ich habe darauf aufmerksam gemacht, dass eine Trauung, nämlich eine Laientrauung, bereits voraufgegangen sein konnte. Im 16. Jahrhundert waren Laientrauungen noch vielfach gebräuchlich.[12]) Doch halte ich, wie gesagt, jetzt die Ansicht für richtiger, dass nach LUTHER die kirchliche Handlung bei Eingehung der Ehe ebenso wesentlich Trauungshandlung wie eine Handlung des »Betens und Segnens« ist. Auf jeden Fall giebt unsere Stelle über juristi-

[12]) Eheschliess. S. 239. Dazu die sächsische K. O. 1539, CREMER, Trauung S. 117.

sche Wesentlichkeit und Unwesentlichkeit der Trauung keinerlei Aufschluss.

Wohl aber wissen wir, wie schon hervorgehoben, anderweitig, dass in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts die evangelische Kirche, in Anschluss an das mittelalterliche Recht, lediglich in der copula carnalis die Bedingung für die »Vollendung« der Ehe fand, die Trauung also, wie im canonischen Recht, für das zu Stande Kommen der Ehe als gleichgültig behandelte.[13])

Aber, was die Hauptsache ist, der Thatbestand der kirchlichen Trauung war nicht, wie FRIEDBERG früher gesagt hat, eine »Ehebestätigung« oder nochmalige »kirchliche Eheschliessung«, ein »blosser Beweisact, dem Hochzeitsmahl vergleichbar.«[14]) Vielmehr war sie, wie ich gezeigt habe »Ehe-Gabe«, d. h. Traditio, Trauung im eigentlichen Sinne des Worts, die Uebergabe der Braut an den Bräutigam.[15])

---

[13]) S. Eheschliess. S. 209. 232 ff.

[14]) FRIEDBERG S. 64 erklärt es für »nicht wahr«, dass er »von einer kirchlichen Eheschliessung gesprochen« und dieselbe »als Ehebestätigung, d. h. als wiederholte Eheschliessung definirt« habe. Ich habe (Eheschliess. S. 230 Note 55) mich bezogen auf FRIEDBERG, Recht der Eheschliess. S. 208. 221. 303. Auf S. 208 sagt FRIEDBERG wörtlich: »Die Trauung und der Act der kirchlichen Eheschliessung ist also consequenteweise nichts weiter als die öffentliche Bestätigung einer schon geschlossenen Ehe«. Daneben heisst es bei ihm S. 303: »es gab keine kirchliche Eheschliessung, sondern nichts weiter als eine kirchliche Ehebestätigung«. Auf S. 208 setzt FRIEDBERG also wörtlich Trauung und kirchliche Eheschliessung als identisch. Auf S. 303 erklärt er, dass die kirchliche Trauung nicht Eheschliessung, sondern nur Ehebestätigung sei. Solange man nicht annehmen will, dass FRIEDBERG auf S. 303 das Gegentheil sagt von dem, was er früher gesagt hat, kann man diese letztere Aeusserung nur dahin verstehen, dass die Trauung nicht die eigentliche (erste), sondern nur eine wiederholende und damit bestätigende Eheschliessung sei. Auf jeden Fall zeigt die erst citirte Stelle, dass FRIEDBERG mit seiner gegenwärtigen Behauptung sich in einem Irrthum über seine eignen Aeusserungen befindet.

[15]) Vgl. Eheschliess. S. 223 ff.

Selbst FRIEDBERG vermag dies nicht zu leugnen, da er zugiebt, dass die Traditio sich mit dem kirchlichen Acte »verband« (S. 63). Also: der Thatbestand der Trauung war noch jetzt, wie in alten Zeiten, die Vollziehung der Ehe durch die Hingabe der Braut zur Heimführung. Aus diesem Grunde allein konnte die Trauung im alten deutschen Recht als die consummatio matrimonii fungiren, und trat sie aus demselben Grunde in der evangelischen Kirche in ihre alte Stellung wieder ein. Und diese Function als Ehegabe, als Traditio, Trauung im alten Sinn war nicht »in Verbindung mit der Lutherischen Auffassung der Sponsalien ganz unverständlich«, wie FRIEDBERG S. 64 meint, sondern setzte dieselbe vielmehr voraus. Denn die Lutherische und ebenso die deutsche und canonische Auffassung war nicht die FRIEDBERG's, dass durch Sponsalien eine rechtlich vollkommene Ehe, sondern die andere, dass durch Verlobung eine blos »begonnene«, eine der Vollendung noch erst harrende Ehe geschlossen werde. Darum bedarf es eines zweiten Vorganges, welcher die rechtlich vollkommene Ehe erst hervorbringt, und dieser Vorgang ist nach canonischem Recht die copula carnalis, nach deutschem und späterem evangelischen Recht die Trauung. Die blosse Existenz des Dualismus von Verlobung und Trauung trotz der (in der evangelischen Kirche zweifellos bezeugten) eheschliessenden Kraft der Verlobung erbringt den directen Beweis, dass die evangelische (und ebenso die deutsche) Eheschliessung keine Eheschliessung in unserem Sinn (Schliessung einer rechtlich vollkommenen Ehe), sondern Schliessung einer zunächst unvollkommenen, nur negativ wirkenden Ehe war.

Hören wir zum Schluss, was CARPZOW uns über die Rechtskraft der Trauung berichtet: die Ehe werde durch Verlobung geschlossen, aber damit das

> conjugium omnibus numeris sit perfectum et absolutum, omnesque veri matrimonii effectus producat, ultimus ad consummationem ejus accedat actus necesse

est, qui hodie in copulatione et benedictione sacerdotali consistit.[16])

Eine wörtlichere Wiedergabe meiner Auffassung des evangelischen und deutschen Eheschliessungsrechts ist unmöglich. Die Trauung ist nicht Eheschliessung, aber Vollendung der Ehe. Durch Vollziehung der Ehe führt sie die rechtliche Vollwirksamkeit der Ehe herbei.

Die Kritik, welche Friedberg früher an dem evangelischen Eheschliessungsrecht geübt hat, beruht auf mangelnder Kenntniss desselben.[17])

Dies deutsche Eheschliessungsrecht, welches in seinen Grundzügen aus den ältesten Zeiten während des ganzen Mittelalters bis in den Ausgang des vorigen Jahrhunderts sich erhalten hat, ward erst im Lauf des 18. Jahrhunderts beseitigt, seitdem namentlich in Folge des von J. H. Boehmer geübten Einflusses an Stelle des deutschen das römische Verlöbnissrecht recipirt und die Verlobung aus einer Eheschliessung in ein blosses Versprechen der Eheschliessung verwandelt wurde.[18])

Friedberg muss es begegnen, dass er mit seiner Auffassung der Geschichte der Eheschliessung überall zu den Zeugnissen der Zeitgenossen in directen Gegensatz tritt. Im 8. Jahrhundert geräth er mit König Liutprand, im 12. mit Alexander III. und Gratian, im 16. mit Luther und im 17. mit Carpzow in Conflict. Vor Allem ist nach Friedberg die

[16]) Eheschliess. S. 243.

[17]) Da Friedberg S. 66 sich gegen die Unterstellung verwahrt, dass er die in der evangelischen Kirche vorhandenen Rechtsanschauungen einer geringschätzenden Kritik habe unterziehen wollen, so nehme ich meine frühere gegentheilige Behauptung zurück, zumal dieselbe, wie Friedberg bemerkt, theilweise aus Missverständniss hervorgegangen ist. Die Form, in welche Friedberg seine Behauptungen zu kleiden gewohnt ist, soll mich nicht hindern, ihm dort Recht zu geben, wo er wirklich Recht hat.

[18]) Da Friedberg S. 68 bezweifelt, dass in der von Boehmer entwickelten Verlöbnisslehre »römische Rechtsgedanken« enthalten sind, so verweise ich auf die Lehrbücher.

ganze Geschichte der Eheschliessung eine ununterbrochene Kette von unbegreiflichen Widersprüchen und Missverständnissen.

Den stärksten Beweis für meine Darstellung finde ich darin, dass sie allein den Schlüssel zur Geschichte des Eheschliessungsrechts gewährt. Und diesen Schlüssel findet sie in dem Rechtssatz, dass nach deutschem Recht die Verlobung Eheschliessung und die Trauung nicht Eheschliessung, sondern Vollziehung der schon geschlossenen Ehe ist.

V.

Die Civilehe.

So ergiebt sich auf's Neue das Resultat, dass (vom Standpunkt der Kirche aus gesehen, denn für das Recht ist, wie ich schon früher hervorgehoben habe, die Trauung überhaupt nicht mehr vorhanden) durch Einführung der obligatorischen Civilehe die kirchliche Trauung in die Stellung zurückgetreten ist, welche sie einst einnahm. Sie bedeutet nach voraufgegangener ausserkirchlicher Eheschliessung den kirchlichen Ehevollzug als die kirchliche Bedingung des ehelichen Gemeinlebens. Und zwar stammt unser Trauformular aus jener Zeit (unsere meisten Trauformulare gehen auf das Traubüchlein Luther's oder auf die Nürnberger Kirchenordnung von 1533 zurück), in welcher die Trauung ihre ursprüngliche deutschrechtliche Bedeutung als rechtsnothwendige Vollziehung der Ehe noch nicht wiedergewonnen hatte, in welcher die copula carnalis noch als die einzig relevante consummatio matrimonii galt, aus der Zeit also, in welcher (auch nach Friedberg S. 61) die Trauung durchaus, ebenso wie heute, »juristisch irrelevant« war. Unser Trauformular hat eine bestimmte Rechtskraft der Trauung nicht zur Voraussetzung. Es ist lediglich ein Formular für das Zusammengeben der Eheleute, für die Einführung (»Einleitung« hiess es in der alten Kirche) der Ehegatten in ihren Ehestand, mag mit dieser »Einleitung« sich die Kraft der

Eheschliessung (wie vor Kurzem) oder die Kraft der Ehevollendung (wie im altdeutschen Recht und im evangelischen Recht etwa von 1550 bis 1750) oder garkeine Rechtskraft (wie zur Zeit LUTHER's und heute) verbinden. Wesentlich ist der kirchlichen Trauung nur, dass mit dieser Einsetzung der Ehegatten in die Ehe sich die geistlichen Gaben, Kraft und Segen des göttlichen Wortes verbinden. Aber sie will eine Einsetzung sein, eine Eröffnung des ehelichen Lebens der Ehegatten, weil sie verlangt, dass ein Christ seine Ehe nicht eher beginne, bevor er sie unter Gottes Wort gestellt hat. Für die Kirche (nicht für das Recht) wirkt daher die kirchliche Trauung noch jetzt als consummatio matrimonii, als die nothwendige Voraussetzung für die Vollendung der Ehe, weil sie die kirchliche Bedingung für das eheliche Gemeinleben darstellt. Auf Grund des Civilacts ist, nicht von Rechtswegen, aber wohl von kirchlicher Verpflichtung wegen, das eheliche Rechtsverhältniss zwar entstanden, aber noch nicht vollwirksam, denn der Christ ist seiner Kirche gegenüber verpflichtet, vor der kirchlichen Trauung auf Grund des blossen Civilactes die Ehe wohl als eheliches Treuverhältniss, aber noch nicht als eheliches Gemeinschaftsverhältniss wirken zu lassen. Wir sind genau auf den Standpunkt zurückgekehrt, welchen ein Wittenberger Gutachten im Jahre 1567 dahin formulirt hat, dass für den Beginn des ehelichen Zusammenlebens nach »beschehener Verlöbnuss« (d. h. jetzt nach geschehenem Civilact), aber vor der Trauung, »im Rechten keine Straff geordnet« (ja ausdrücklich die rechtliche Billigung ertheilt ist), doch aber »solches wider christliche Zucht, desgleichen wider gewohnlichen christlichen Brauch der Kopulation, sintemal der Ehestand unbeflecket und ohne Ergernuss angefangen werden soll.«

Unsere Kirche traut heute genau in demselben Sinn und mit derselben Wirkung wie vor dreihundert Jahren. Aus diesem Grunde muss das alte Trauformular beibehalten

werden, denn ohne Zusammensprechen (oder, wo es altherkömmlich ist, Bestätigen) ist die Trauung keine Trauung mehr. Andererseits ist die Kirche berechtigt, das alte Trauformular unverändert beizubehalten, denn Trauung ist als solche nicht Eheschliessung, und unser Formular ist kein Eheschliessungs-, sondern nur ein Trauungsformular.[1])

Gegen diese Deduction hat FRIEDBERG (S. 70—78) zwei Gründe.

Der eine Grund ist, dass schon der Civilact heute die Trauung sei. Das Gesetz hat ja bekanntlich den Ausspruch des Standesbeamten, »dass er sie nunmehr kraft des Gesetzes für rechtmässig verbundene Eheleute erkläre«, zu einer Bedingung der Civileheschliessung gemacht.

Nun ist aber bekannt genug, und hätte FRIEDBERG aus seinem früheren Werke entnehmen können, dass die Civilehe aus dem Gedanken vom Ehecontract hervorgegangen ist. Das Motiv der französischen Gesetzgebung war die Anforderung der Scheidung von »Contract« und »Sacrament«. Die Ehe sollte von Gesetzeswegen nur »comme contrat civil« behandelt werden. Aus der Grundidee der Revolution, dass

---

[1]) Zu genau dem gleichen Resultat sind, von anderen Ausgangspunkten, zwei andere Ausführungen gelangt, die ansprechende Arbeit von CREMER, die kirchliche Traunng historisch, ethisch, liturgisch, Berlin 1875, welche meine Schrift namentlich von ethischen Gesichtspunkten aus wesentlich ergänzt, und ein gleichfalls mit Scharfsinn geschriebener Aufsatz von HEPPE, das Verhältniss der kirchlichen Trauung zur bügerl. Ehesehliess., in DOVE's und FRIEDBERG's Zeitschr. XIII, S. 292 ff. HEPPE hat rechtshistorische Ausgangspunkte, ist aber in soweit nach meiner Ansicht mit seinen Aufstellungen im Irrthum. — Die Thatsache, dass unser Trauformular kein Eheschliessungsformular, sondern, wie ich es ausgedrückt habe, nur ein Trauformular ist, wird am deutlichsten dadurch bewiesen, dass es in seinem ersten, auf den Eheconsens bezüglichen Theil sich mit blosser Wiederholung einer schon früher gültig abgegebenen Consenserklärung begnügen kann (Eheschliess. S. 216. 217 Note 27). Der Schwerpunkt fällt nicht in die Consenserklärung, welche vielmehr nur reproductiv zu sein braucht, sondern in das Zusammensprechen, d. h. in die Trauung.

über dem Individuum keine gegebene Autorität steht, ist auch die Civilehe hervorgegangen. Sie vertritt den Gedanken, dass auch die Ehe nicht auf einer ehestiftenden Gewalt ausser und über dem Individuum, sondern lediglich auf der »Freiheit« des Individuums beruhe. Die Meinung war nicht, dass der Staat die Ehe machen müsse (wie etwa bisher die Kirche), sondern dass in dem Consens der Ehegatten, in der pactio conjugalis, in dem Willen der Einzelnen das allein ehebegründende Moment zu suchen sei. Und diesen Consens zu beglaubigen und zu registriren, nicht mehr, nahm der Staat für sich in Anspruch. Der Civilact ist entsprechend seinem Grundgedanken nichts Andres als eine staatlich solennisirte Consenserklärung.

Aus diesem Grunde hat sich denn auch mehrfach die Civilehegesetzgebung damit begnügt, die Verlobten ihren Eheconsens vor dem Standesbeamten erklären zu lassen, ohne eine Handlung des Standesbeamten selber zu erfordern.[2]) Das französische Gesetz,[3]) und ihm sind die meisten deutschen Gesetze, auch unser Reichsgesetz, gefolgt, hat dagegen eine Erklärung des Standesbeamten, dass die Ehe gesetzlich zu Stande gekommen sei, als einen unentbehrlichen Bestandtheil der Handlung aufgenommen, ohne, wie gerade die Geschichte der französischen Gesetzgebung deutlich zeigt, damit den Grundgedanken des Civilacts als eine blosse staatliche Form für den »bürgerlichen Contract« der Eheschliessung fallen zu lassen.

Vor Allem ist klar, dass die Handlung eines Dritten, welche zur Perfection der Eheschliessung als rechtsnothwendig verlangt wird, nicht schon darum eine Trauungshandlung ist.[4]) Der Code civil hat die Vorschrift, dass beim Ci-

---

[2]) So früher in Nassau und Sachsen-Weimar. Vgl. Hinschius in der Krit. Vierteljahrsschr. IX, S. 19. 20.

[3]) Code civil art. 75.

[4]) Auf eine von anderer Seite gemachte Bemerkung erwidere ich,

vilact vom Standesbeamten auch die betreffenden Gesetzesstellen zu verlesen sind. Angenommen, das Reichscivilehegesetz hätte an Stelle jenes »Ausspruchs« des Standesbeamten, was principiell ebenso gut möglich gewesen wäre, eine solche Verlesung aus dem Reichscivilehegesetz als Bedingung der Perfection der Eheschliessung angeordnet, so würde doch sicher Niemand meinen, dass damit der Civilact eine »Civiltrauung« sei. Das preussische Gesetz vom 9. März 1874 liess den Standesbeamten Nichts erklären, machte aber die Perfection der Ehe davon abhängig, dass die Eintragung der Consenserklärung in das Heirathsregister auch von dem Standesbeamten »vollzogen«, d. h. unterschrieben wurde. Diese Unterschrift des Standesbeamten hatte ganz genau dieselbe Function wie jetzt der Ausspruch des Standesbeamten nach dem Reichsgesetz. Er bestimmte zeitlich den Moment, in welchem der Act der Eheschliessung vollendet und rechtsgültig ward, und ohne die Unterschrift des Standesbeamten war der Eheschliessungsact nichtig. Sollte Jemand meinen können, dass auch nach dem preussischen Gesetz die Ehe »durch« den Standesbeamten geschlossen, und diese Handlung des Standesbeamten eine »Trauung« sei? Dann hätte es dem Ehepaar begegnen können, und zwar sehr häufig, dass es erst in seiner Abwesenheit »getraut« wurde, wenn nämlich der Standesbeamte seine bei der Handlung selbst vergessene Unterschrift etwa nach 14 Tagen oder noch später nachholte (was ja thatsächlich, insbesondere bei bäuerlichen Standesbeamten, vorkam). Die Unterschrift des Standesbeamten war vielmehr lediglich ein Beurkundungsact, kein Trauungsact, obgleich er nicht blos für den Beweis, sondern für die Existenz der Ehe von Bedeutung war. An diesen Beurkundungsact knüpfte das Gesetz die Perfection

dass zwar die Trauungshandlung nur unbedingt möglich ist (Eheschliess. S. 271. 272), dass darum aber doch nicht jede Handlung, die nur unbedingt geschehen kann, eine Trauungshandlung darstellt.

der Eheschliessung, nicht in der Meinung, dass durch denselben die Ehe geschlossen werde, sondern nur in der Meinung, dass erst nach demselben die Solennität der Eheschliessung erfüllt sei.[5]) In Folge historisch zufälliger Umstände, weil nämlich die Unterschrift des Standesbeamten nicht selten versäumt und dadurch die Gültigkeit der Ehen gefährdet wurde, hat man bei Abfassung des Personenstandsgesetzes für das deutsche Reich von der Unterschrift des Standesbeamten als Requisit der Eheschliessung abgesehen und den »Ausspruch« des Standesbeamten dafür eingeschoben, nicht ohne, dass noch jetzt die Gültigkeit der Ehen durch dies, wenngleich bedeutend geringere, Erforderniss, gefährdet wird.[6]) Die Meinung ist nicht gewesen, dem Civilact einen ganz anderen Inhalt zu geben und die Handlung, welche bis dahin keine Trauung war, jetzt in eine »Civiltrauung« zu verwandeln. Die Meinung war vielmehr nur auf den äusseren Hergang der Sache, auf ein rein formales, nicht auf ein materiales Moment gerichtet. Die Beglaubigung von Seiten des Standesbeamten, welche das preussische Gesetz in schriftlicher Form gefordert hatte, sollte jetzt als rechtsnothwendiges Requisitit nur mündlich zu erfolgen haben. Die Constatirung, dass ein rechtsgültiger Act vor ihm zu Stande gekommen ist, sollte auch

[5]) Vgl. auch Hinschius in seinem Commentar zu dem preussischen Personenstandsgesetz S. 60. 61. — Ich erinnere daran, dass der bekannte Erlass des Berliner Ev. Oberkirchenraths vom 21. September 1874 sich auf dies preussische Personenstandsgesetz bezog, für welches die Qualität des Civilacts als Nichttrauung ausser allem Zweifel ist. Dennoch war auch damals allgemein von »Civiltrauung« die Rede, wohl doch (obgleich Friedberg S. 72 Widerspruch erhebt) in Folge mangelnden Verständnisses vom Wesen der Trauung.

[6]) Vor Kurzem erinnerte die Kölnische Zeitung, augenscheinlich aus praktischem Anlass, die Standesbeamten daran, dass der »Ausspruch« nicht unterbleiben dürfe. So wenig wie bei der Schulaufsicht, hat bis jetzt der Geistliche bei der Schliessung und Beurkundung der Ehe ausreichend ersetzt werden können.

jetzt nicht unterbleiben dürfen, und man fordert daher jenen Ausspruch, aber nicht in der Meinung, dass durch denselben die Ehe geschlossen werde, sondern nur in der Meinung, dass erst nach demselben die Solennität der Eheschliessung erfüllt sei. Wie nach dem preussischen, gerade so ist nach dem deutschen Personenstandsgesetz der Civilact eine Eheschliessung lediglich vor, nicht durch den Standesbeamten.

Beim Civilact ist die Consenserklärung der Brautleute der Schwerpunkt der Handlung, und die Thätigkeit des Standesbeamten ein blosses Beiwerk. Bei der kirchlichen Trauung verhält es sich gerade umgekehrt. Die Consenserklärung der Brautleute ist blosses Beiwerk (sie ist historisch und ebenso heute blosse Wiederholung einer schon einmal rechtsgültig abgegebenen Erklärung, also ohne reellen Werth), und die Handlung des Geistlichen der Schwerpunkt. Aus diesem Grunde hat beim Civilact die Form der standesbeamtlichen Thätigkeit willkürlich gewechselt, ja man hat sie ganz streichen zu können gemeint, ohne der Sache etwas zu vergeben, während die Form der Trauungshandlung des Geistlichen sich nach festen, aus dem Wesen der Trauung folgenden Gesetzen entwickelte, und es (wie selbstverständlich) niemals eine kirchliche Trauung ohne Trauungshandlung des Geistlichen gegeben hat. Für den Begriff des Civilacts ist, wie die Geschichte der Civilehe darthut, die Art der Handlung und überhaupt die Handlung des Standesbeamten unwesentlich. So gewiss die bürgerliche Eheschliessung des preussischen Gesetzes ein Civilact, aber keine Trauung war, so gewiss ist, dass der Civilact begrifflich keine Civiltrauung bedeutet.

Aber, meint Friedberg (S. 73), mit besonderem Bezug auf unser Reichsgesetz: »Der Standesbeamte giebt die Eheleute zusammen, denn unter Zusammengeben verstehen wir heute: für Eheleute erklären«.

Trauen oder Zusammengeben hat aber von den ältesten Zeiten bis auf den heutigen Tag nicht »für Eheleute erklären«, sondern Zusammengeben bedeutet, d. h. die Herbeiführung der Vereinigung der Ehegatten. Aus diesem Grunde lautet die lutherische Trauformel auf »Zusammensprechen«. Und aus diesem Grunde verbindet sich noch heute mit dem Zusammensprechen des Geistlichen das Zusammenfügen der Hände, d. h. das wirkliche Zusammengeben des Ehepaars. Noch heute vollzieht der Geistliche die Traditionshandlung im wahrsten Sinne des Worts. Er führt die Braut dem Bräutigam zu und giebt sie dem Bräutigam. Seine Handlung, in Wort und That, ist eine symbolische Handlung, ein Act von tieferem Sinn, als durch die äussere Form ausgedrückt wird. Und dieser tiefere Sinn ist die Hingabe der Braut an den Bräutigam zum Beginn des ehelichen Lebens.

Es ist ganz zweifellos, dass der »Ausspruch« des Standesbeamten, wodurch er sie »kraft des Gesetzes für Eheleute erklärt«, keine symbolische Handlung ist. Er bedeutet nicht mehr als er besagt. Er besagt und ist eine blosse Bestätigung des vorher abgegebenen Eheconsenses, hervorgegangen nicht aus einem Traditions-, sondern aus einem Solennitätsgedanken. Die Handlung des Standesbeamten ist eine blosse »Erklärung«, mit welcher das Rechtsverhältniss der Ehe, die Handlung des Geistlichen ist eine That, mit welcher die Wirklichkeit der Ehe, wenngleich nur durch symbolische Handlung, ihren Anfang nimmt.

Auch nach dem Reichsgesetz ist der Civilact nur eine Eheschliessung (und die Trauung als solche bildet den Gegensatz der Eheschliessung), während die kirchliche Handlung nicht Eheschliessung, aber Einsetzung in die Ehe durch Zusammengeben der Eheleute, d. h. wirkliche Trauung ist.

Dies Resultat empfängt, wie ich früher schon gezeigt habe, durch den Kaiserparagraphen seine ausdrückliche Be-

stätigung. Das Reichsgesetz erklärt sich hier ausdrücklich mit der »kirchlichen Verpflichtung zur Trauung« einverstanden, d. h. es erklärt sich mit der kirchlichen Verpflichtung einverstanden, die blosse Civilehe als blosses eheliches Treuverhältniss zu behandeln und die eheliche Gemeinschaft erst mit der Trauung ihren Anfang nehmen zu lassen. Das Reichsgesetz erklärt sich also selber damit einverstanden, dass der Civilact eine Eheschliessung *ohne Beginn des ehelichen Lebens* sei, und zwar nicht blos kraft factischen Beliebens der Ehegatten (was bei jeder Art von Eheschliessung möglich wäre), sondern kraft kirchlicher *Verpflichtung*, also nicht aus zufälligem, sondern aus *ethischem* Grunde. Der Civilact lässt sich nach dem unmittelbaren Wortlaut des Reichsgesetzes daran genügen, die *rechtlichen* Bedingungen des ehelichen Gemeinlebens zu erschöpfen; als *ethische* Bedingung steht die kirchliche Trauung *neben* ihm.

Damit hat das Reichsgesetz sich ausdrücklich dahin erklärt, dass es zufrieden sei, dem Civilact auf ethischem Gebiet lediglich dieselben Functionen zu gewähren, welche einst die deutsche Verlobung gehabt hat: *eine blosse Eheschliessung ohne Ehevollzug.* Die *kirchliche* Trauung soll nach dem *unmittelbaren* Inhalt des Reichsgesetzes ethisch die *einzige* Trauung, die Handlung sein, welche die Ehegatten unmittelbar in das *Leben* der Ehe hineinführt. Das Reichscivilehegesetz begnügt sich damit, dem Civilact die Begründung der Ehe als *Rechtsverhältniss* zu reserviren, und begnügt sich daher zugleich mit einem Willen, welcher nicht consensus nuptialis, sondern Eheschliessungswille *ohne* den Willen präsenten ehelichen Lebens, d. h. consensus sponsalitius, blosser *Verlobungswille* ist. Der Civilact ist nach seinem Thatbestand wie nach seiner ethischen Wirkung die altdeutsche Verlobung in moderner Form.

Trotz seines Protestes hat Friedberg genau die gleiche Thatsache selber zugestanden. Er constatirt auf S. 46, dass es »vom gesetzgeberischen Standpunkt bedenklich« sei, »eine Ehe für vorhanden zu erklären ohne sofortige Begründung des factischen Zusammenlebens«. Aber das canonische Recht habe diesen Standpunkt (weil hier nämlich durch Verlobung die Ehe geschlossen wird), und »auch im modernen Rechtsleben findet er sich«. Denn, fragt Friedberg, »kommt nicht durch die Civiltrauung rechtlich die Ehe zu Stande? und doch wird fast überall die kirchliche Trauung noch dazu begehrt und erst mit dieser beginnt das eheliche Zusammenleben.« Man sieht also, dass Friedberg, genau so wie ich, in der Civilehe eine Eheschliessung sieht, welche blos »rechtlich« die Ehe zu Stande bringt, während »fast überall«, d. h. entsprechend den im Volk lebendigen ethischen Ueberzeugungen, das thatsächliche Zusammenleben erst mit der Trauung seinen Anfang nimmt. Friedberg tritt hier als ein heimlicher Anhänger der von ihm so viel geschmähten »negativen Ehe« auf, denn das Verhältniss, welches der Civilact erzeugt, ist im ethischen und damit zugleich im praktischen Erfolg mit der »negativen Ehe«, der Ehe, welche nur das Rechtsverhältniss und damit das Treuverhältniss, noch nicht aber das Gemeinschaftsverhältniss hervorbringt, genau identisch. Das Resultat, welches aus Einführung der Civilehe hervorgeht, ist eben dasselbe, welches Friedberg für das deutsche und canonische Recht so entschieden perhorrescirt, eine Ehe mit zunächst nur negativen Wirkungen, eine Eheschliessung ohne den Beginn des ehelichen Lebens.

Schon wiederholt habe ich daran erinnert, dass der ganze Gegensatz von Civilact (Eheschliessung) und Trauung sich heute lediglich auf ethischem Gebiet bewegt. Für das Recht ist, wie ich schon früher hervorhob, die kirchliche Trauung heute nicht mehr vorhanden, also der Civilact der einzige

Vorgang, welcher im Rechtsgebiet überhaupt existirt. Damit versteht sich von selbst, dass alle rechtlichen Folgen der Eheschliessung, auch das Recht des ehelichen Gemeinlebens, jetzt mit dem Civilact verbunden sind, dass also, was die rechtlichen Befugnisse angeht, der Civilact nicht blos die Function der alten Verlobung, sondern ebenso die Function der alten Trauung überkommen hat (Erzeugung der negativen und positiven Wirkungen der Ehe). Folglich ist vom Standpunkt der ehelichen Rechte aus der Civilact weder für eine Civilverlobung, noch für eine Civiltrauung, d. h. weder für eine Verlobung, noch für eine Trauung im Sinn des alten deutschen Rechts zu erklären, sondern für etwas ganz Anderes, nämlich für eine Eheschliessung im modernen Sinn des Worts. Die alten Begriffe Verlobung und Trauung forderten einander als Gegensätze, als die zwei Vorgänge, welche zu einer rechtlich vollkommenen Ehe führten. Sobald dieser Dualismus verschwand, sobald die moderne Eheschliessung, d. h. die Schliessung einer rechtlich vollkommenen Ehe durch einen Vorgang, aufkam, sobald ging dem Recht der Begriff wie der Verlobung so der Trauung im alten Sinn verloren. Es giebt also für das Recht heute überhaupt keine Trauung mehr, weder eine Civiltrauung, noch eine kirchliche Trauung, sondern nur eine rechtlich in sich abgeschlossene und vollkommene Eheschliessung, welche allein in der Form des Civilacts möglich ist. Aber die ethischen Wirkungen des Civilacts bleiben hinter seiner rechtlichen Vollkraft zurück. Gewiss ist der Civilact eine Handlung von hoher nicht blos juristischer, sondern auch ethischer Bedeutung, und es wäre Unrecht, den ethischen Gehalt des Civilacts herabsetzen zu wollen. Mit dem Civilact verbindet sich die Heiligkeit des Rechtsgesetzes, das volle Gewicht des Moments, welcher die Ehe zur Ehe im Rechts- und Wortsinn des Worts, zu dem »gesetzlichen Bund«, der rechtmässigen Vereinigung von Mann und Weib erhebt.

Aber der Civilact ist nicht im Stande, den ethischen Gehalt der Eheschliessung zu erschöpfen. Er fordert für jeden Christenmenschen nicht rechtlich, aber ethisch seine Ergänzung durch eine zweite Handlung, welche die Heiligkeit des göttlichen Wortes in sich trägt. Den rechtlichen Gaben dort treten hier die Gnadengaben zur Seite. Und dieser zweite ergänzende Act (auf welchen das Civilehegesetz selber als auf seine ethische Ergänzung hinweist) ist die kirchliche Trauung. Nicht auf rechtlichem, aber auf ethischem Gebiet tritt die Trauung dem Civilact gegenüber, und das ethische Verhältniss von Civilact und Trauung setzt sich dem einstmaligen rechtlichen Verhältniss von Verlobung und Trauung parallel. Ethisch ist der Civilact keine Trauung, denn er lässt die ethische Verpflichtung bei Bestand, das eheliche Leben nicht mit dem Civilact, sondern erst später mit der kirchlichen Trauung zu beginnen. Vom ethischen Standpunkt aus hat der Civilact als solcher nur Verlobungs- (negative), nicht Trauungs- (positive) Function. Er erwartet seine Ergänzung durch die kirchliche Trauung, welche ethisch die einzige Handlung mit wirklicher Trauungsfunction, d. h. die einzige Trauung ist.

Diesem Gegensatz des ethischen Gehalts soll auch der Thatbestand beider Acte Ausdruck geben. Der Civilact ist, wie ich oben auszuführen gesucht habe, nicht als Trauung, sondern als blosse staatlich solennisirte Consenserklärung (Verlobung) gestaltet, nicht als ob ihm damit etwas an seiner Rechtskraft oder etwas an dem ihm gebührenden ethischen Werth abginge, sondern lediglich als Ausdruck der Thatsache, dass der Civilact ethisch und praktisch die Trauungsfunction entbehrt. Und andererseits soll die kirchliche Trauung wirkliche Trauungshandlung sein, nicht als ob sie damit eine Rechtskraft für sich in Anspruch nähme, welche sie nicht besitzt, sondern um dem ethischen Werth der kirchlichen Handlung als Einsetzung in das eheliche Leben gerecht zu werden.

Aus diesem Grunde ist der Kampf für das alte Trauformular nicht etwa ein Kampf gegen die Civilehe als solche und gegen das vom Staat gesetzte Recht, denn das Rechtsgebiet wird von der Trauung überall nicht mehr berührt, und die Vertheidigung des (zum Ueberfluss vom Gesetz selbst anerkannten) ethischen Trauungswerthes der Trauung ist weit davon entfernt, »ein Ignoriren des staatlichen Rechtsactes und damit eine Opposition«[7]) zu sein. Daher richtet sich die Spitze dieses Kampfes nicht gegen den Staat, sondern gegen die kirchlichen Behörden, welche das Zusammensprechen, d. h. das Trauen, durch ein ethisch und liturgisch unverständliches[8]) und kirchlich zu falschen Consequenzen führendes Segnen ersetzen wollen. Aus diesem Grunde, weil der Staat an der Form der rechtlich irrelevant gewordenen kirchlichen Handlung heute uninteressirt ist, weil in Folge dessen eine politische Einwirkung auf diese Frage zweifellos ein Eingriff in innerkirchliches Gebiet wäre, hat Niemand daran gedacht, der katholischen Kirche, den Altkatholiken, den Secten und Juden den Fortgebrauch ihrer altüberlieferten kirchlichen Formen für die Eheschliessung zu verbieten. Nur die evangelische, und zwar vor Allem die evangelisch-lutherische Kirche ist von einer, Kirchliches und Politisches in gleichem Masse als ihr Machtgebiet begehrenden Bewegung zum Angriffsobject erkoren, um ihr ihre kirchliche Trauung zu entreissen. Denn man weiss es dort instinctiv, dass gerade in dieser Kirche trotz ihrer Knechtsgestalt die beste Kraft der wahren Kirche lebendig ist.

Aber Friedberg macht noch einen weiteren Grund geltend, und dies ist das zweite, oben angedeutete Argument. Er sucht (S. 78) darüber zu »lächeln«, dass man das alte Trauformular in dem alten Sinn noch fernerhin gebrauchen wolle. Er meint, das wäre gerade so, als wenn wir für

[7]) Friedberg S. 75.

[8]) Dies hat namentlich Cremer a. a. O. gezeigt.

unsere parlamentarische Verfassung »an die taciteische Volksversammlung anknüpfen« wollten. Der Unterschied der beiden Fälle liegt aber klar genug auf der Hand. Die taciteische Volksversammlung ist seit mehr als einem Jahrtausend untergegangen, während unser Trauformular vom 16. Jahrhundert bis auf heute in ununterbrochener Uebung steht. Und dass unser Volk auch ohne historische Studien genau weiss, was diese Trauung mit diesem Trauformular zu bedeuten hat, trotzdem ihm der Uebergang der eheschliessenden Kraft von der Trauung auf den Civilact, schon durch den staatlichen Zwang, deutlich genug gemacht ist, das zeigt es, wie Friedberg selber mittheilt, dadurch, dass es sein eheliches Leben erst mit der kirchlichen Trauung anfängt. Wenn Friedberg mit Bezug auf das Trauformular betont, dass die Fortbildung einer Institution »an ihre letzte Ausprägung, nicht an ihren Anfang anknüpfen müsse«, dass also (nach seiner Meinung) eine Aenderung des Trauformulars nöthig sei, weil die Trauung jedenfalls in ihrer »letzten Ausprägung« Eheschliessung gewesen sei, so constatiren wir nur sein Bedürfniss, sich auch für den Fall, dass seine historischen Ansichten sich als unzutreffend erweisen sollten, den Rückzug offen zu halten.

Zugleich muss ich hervorheben, dass Friedberg in der Beantwortung meiner Schrift seinen früheren wissenschaftlichen Standpunkt geradezu umgekehrt hat. Früher stand Friedberg ausschliesslich auf dem Consensprincip, d. h. auf dem Gedanken, dass die Ehe lediglich durch den Willen der Eheleute entstehe, und selbst die kirchliche Trauung erschien ihm als eine blosse Solennisirung der Consenserklärung. Jetzt ist er ebenso ausschliesslich zum Trauungsprincip übergegangen, und nicht blos die kirchliche Trauung, sondern auch der Civilact wird von ihm wesentlich als Träger einer Autorität aufgefasst, welche, über den Ehegatten stehend, sie in die Ehe hineinsetzt. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Der

Civilact und die kirchliche Trauung ergänzen einander, indem sie die beiden Principien zum Ausdruck bringen, welche, jedes in seiner Weise, ihr Recht auf dem Gebiet der Eheschliessung besitzen, der Civilact, indem er die Willenshandlung der Ehegatten, die Trauung, indem sie die Sanctionirung und Vollziehung dieser Willenshandlung im Namen Gottes zum Inhalt hat.

Ich habe zu zeigen gesucht, und das ist der Zweck meiner früheren Schrift wie der gegenwärtig vorliegenden Blätter, dass der Begriff der Trauung mit dem der Eheschliessung nicht zusammenfällt, und dass in Folge dessen, wennschon die kirchliche Eheschliessung verschwunden, dennoch die kirchliche Trauung noch fernerhin bei der Kirche verblieben ist. Damit hängt zusammen, dass allein das alte Trauformular, welches ein wahres Trauformular darstellt, noch jetzt dem ethischen Inhalt der kirchlichen Trauung genau entsprechend ist, dass andererseits das Zusammensprechen nicht, wie man meinte, eine wesentlich eheschliessende, sondern nur eine trauende, in den Beginn des ehelichen Lebens einsetzende Handlung bedeutet, und also die rechtlichen Bedenken, welche gegen den unveränderten Fortbestand der kirchlichen Trauung wie gegen den Fortgebrauch des alten Trauformulars, insbesondere gegen das Zusammensprechen erhoben sind, nicht existiren.

VI.

Resultate.

Es wird zur Verständigung beitragen, wenn ich versuche, die Hauptsätze, auf welche es ankommt, kurz und präcise noch einmal herauszuheben.

Bisher sind die Kategorien des römischen Rechts (welche zugleich unsere heutigen juristischen Kategorien darstellen) ohne Weiteres auf das deutsche Recht übertragen worden. Dass diese Methode ein Fehler ist, braucht nur ausgesprochen zu werden. Den Nachweis hat LABAND bereits für das Processrecht erbracht. Ich habe den Versuch gemacht, dieselbe Thatsache für das materielle Recht darzuthun. Die Kategorien des deutschen Rechts sind nicht von der klassischen Geschlossenheit und Formvollendung wie die des römischen. Aus diesem Grunde vor Allem war das römische Recht und seine Wissenschaft dem deutschen überlegen, und hat die Reception des römischen Rechts, indem sie, wie bekannt, in unserem Jahrhundert sich vollendete, zugleich die letzten Spuren deutscher Rechtskategorien hinweggewischt. Die deutschen Rechtsgedanken sind für unseren heutigen Geschmack hart, strenge, ungelenk, aber doch scharf, klar und ausdrucksvoll; sie tragen den Styl altdeutscher Malerei.

Das deutsche Recht kennt keine Eheschliessung in unserem Sinn, d. h. keinen Rechtsact, welcher die rechtlich vollkommene Ehe durch sich und durch sich allein hervorbringt.

An Stelle dessen, was wir Eheschliessung nennen, stehen zwei Vorgänge: Verlobung und Trauung.

Die heutige Verlobung ist für den Rechtsbestand der Ehe irrelevant. Es ist gleichgültig, ob die Ehegatten, welche durch den Civilact (früher durch die kirchliche Trauung) die Ehe mit einander schliessen, vorher mit einander verlobt waren, ob sie vielleicht anderweitig verlobt sind oder nicht. Das bestehende anderweitige Verlöbnissverhältniss vermag das zu Stande Kommen der Ehe durch den Civilact nicht zu hindern. Der Civilact (früher die kirchliche Trauung) trägt seine Rechtskraft als Eheschliessung in sich selbst, und entscheidet daher lediglich die Priorität des Civilacts, nicht des Verlöbnisses.

Anders die deutsche Verlobung. Ohne voraufgegangene Verlobung kommt eine Ehe zwischen den Ehegatten überhaupt nicht zu Stande, und falls ein Theil anderweitig verlobt war, ist die thatsächlich zu Stande gekommene Ehe nichtig, denn es entscheidet principiell die Priorität des Verlöbnisses, nicht der Trauung.[1]) Die Verlobung ist der Legitimationsgrund für die Ehe. Sie entscheidet über die Rechtsgültigkeit, über den ehelichen Charakter des zu Stande gekommenen ehelichen Zusammenlebens. Aus diesem Grunde entwickelt sich im deutschen Recht die Lehre von der Concurrenz der Verlöbnisse, welche von den ältesten Zeiten bis zum Ausgang des vorigen Jahrhunderts eine grosse Rolle spielte, und welche uns heute unverständlich geworden ist. Es handelte sich dabei um die Frage, welches von mehreren Verlöbnissen als Rechtsgrund der Ehe, als entscheidend über die Legitimität des ehelichen Zusammenlebens den Vorzug vor dem andern habe.

Daraus folgt, dass die deutsche Trauung keine Ehe-

[1]) Dies Princip lag in der Consequenz des deutschen Rechts. Dass trotzdem erst eine Entwicklung zu demselben geführt hat, habe ich oben S. 20 ff. 75 ff. gezeigt.



schliessung in unserem Sinn ist, obgleich nach und in Folge der Trauung die rechtlich vollkommene Ehe eintritt. Denn die deutsche Trauung trägt den Grund ihrer Rechtskraft nicht in sich selbst; sie ist vielmehr die Vollziehung eines voraufgegangenen Rechtsgrundes und bewirkt die rechtlich vollkommene Ehe kraft des Verlöbnisses und kraft des Verlöbnisswillens, nicht kraft ihrer selbst. Sie ist nach ihrem Thatbestand nicht mehr als blosse Besitzübertragung (Begründung des factischen ehelichen Lebens), nicht das über die Legitimität der Ehe entscheidende Rechtsgeschäft. Die Trauung ist nicht Legitimation, sondern nur Vollziehung der Ehe.

Andererseits ist auch die deutsche Verlobung nicht als Eheschliessung in unserem Sinn zu bezeichnen. Denn, obgleich sie über Dasein und Nichtdasein der Ehe entscheidet und die einzige Willenserklärung, d. h. das einzige Rechtsgeschäft (die Trauung ist nicht Willenserklärung, sondern Willensvollzug) darstellt, auf welches die Existenz der Ehe zurückgeht, lässt sie doch eine rechtlich vollkommene Ehe noch nicht entstehen. Sie begnügt sich damit, das rechtliche Fundament zu legen, auf welchem die rechtlich vollkommene Ehe erst späterhin sich aufbaut.

Ebensowenig ist es zulässig, Verlobung und Trauung »zusammen« eine Eheschliessung in unserem Sinn zu nennen. Obgleich sie selbstverständlich »zusammen« dieselbe Function, denselben Erfolg haben wie unsere Eheschliessung: die Erzeugung einer rechten Ehe, stellen sie doch, wie ebenso selbstverständlich ist, nicht eine Einheit, sondern eine Zweiheit dar, so dass die Auffassung der zwei Handlungen »zusammen« als Eheschliessung in unserem Sinn ein Widerspruch in sich selbst ist.

Die deutsche Rechtsanschauung aber findet die Eheschliessung in ihrem Sinn in dem Vorgang, welcher über die Legitimität der Ehe entscheidet, d. h. in der Verlobung.

Sie datirt die Ehe von dem Moment, in welchem der rechtliche Grund derselben gelegt ist, obgleich die vollen rechtlichen Wirkungen sich mit diesem Moment noch nicht verbinden. Aus diesem Grunde setzt sie das Verlöbnissverhältniss unter die Rechtssätze des ehelichen Verhältnisses und verbindet bereits mit der Verlobung die Wirkung des ehelichen Treuverhältnisses, so dass die Trauung späterhin nur noch die positiven Wirkungen der Ehe hinzufügt. Daraus folgt, dass die deutsche Eheschliessung zunächst die Schliessung einer unvollkommenen Ehe ist, welche erst später, sobald die Trauung das Rechtsverhältniss der Ehe factisch realisirt, zur rechtlich vollkommenen Ehe sich vollendet. Weil die deutsche Verlobung die Schliessung einer nur unvollkommenen Ehe bedeutet, ist sie keine Eheschliessung in unserem Sinn, denn der Begriff der Schliessung einer unvollkommenen Ehe ist unserem Recht verloren gegangen und widerstrebt uns heute geradezu. Aber die Verlobung ist trotzdem eine Eheschliessung im Sinn des deutschen Rechts. Und für diese Auffassung des deutschen Rechts giebt uns die deutsche Rechtssprache directes Zeugniss: sie bezeichnet die Eheleute als Verlobte und die Verlobung (»Vermählung«) setzt sie mit Verehelichung als gleichbedeutend. Es kommt hinzu, dass, so lange es eine Doctrin des Eheschliessungsrechts gegeben hat, von der Mitte des 12. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts nur diese Lehre in Herrschaft gestanden hat, die Lehre von der unvollkommenen Ehe (conjugium initiatum), welche aus der Eheschliessung durch Verlobung (Sponsalien) hervorgeht, und die ihr entsprechende Lehre von der Vollendung, Consummation der Ehe, welche (sei es durch copula carnalis, sei es durch Trauung) der Eheschliessung erst später nachfolgt. Und endlich, ganz unzweideutig hat die evangelische Kirche Deutschlands ohne äusseren Impuls und ohne irgend welches Anzeichen von der Existenz einer entgegengesetzten Richtung von Martin Luther bis zum

Ausgang des vorigen Jahrhunderts in allen ihren Zeugnissen kein anderes Recht als dies, dass die Ehe, und zwar eine unvollkommene Ehe, durch Verlobung geschlossen und durch Trauung (oder copula) »vollendet« wird. Erst seit der Reception des römischen Verlöbnissrechts durch J. H. BOEHMER und die naturrechtliche Schule und der damit eingetretenen rechtlichen Irrelevanz des Verlöbnisses für das zu Stande Kommen der Ehe ist die Trauung zur Eheschliessung, und zwar nicht mehr im deutschen, sondern im modernen (und römischen) Sinn des Worts geworden: der einzige Act, welcher über Existenz und Wirkung der Ehe entscheidet.

Diesen Sätzen des Eheschliessungsrechts gehen die Rechtssätze des deutschen Vermögensrechts parallel.

Das deutsche Recht kennt keinen Eigenthumserwerbsgrund in unserem Sinn, d. h. keinen Rechtsact, welcher das rechtlich vollkommene (»echte«) Eigenthum durch sich und durch sich allein hervorbringt. An Stelle des Eigenthumserwerbsgeschäfts in unserem Sinn stehen zwei Vorgänge: der Contract und die Besitzübertragung (Investitur oder Auflassung).

Nach römischem und ebenso nach heutigem Recht sind die Contractsverhältnisse für den Eigenthumserwerb irrelevant. Es ist gleichgültig, ob mit Demjenigen, welchem die Sache als Eigenthum tradirt wird, vorher ein gültiger Contract über Gewährung des Eigenthums geschlossen war, und ob etwa ein anderweitig geschlossener Contract durch die Eigenthumsübertragung verletzt wird. Der Verkäufer des römischen und heutigen gemeinen Rechts kann auch nach abgeschlossenem Kauf dennoch jeden Dritten zum Eigenthümer machen.[2]) Es entscheidet nicht die Priorität des Kaufcontracts, sondern lediglich die Priorität der Tradi-

[2]) FRIEDBERG kann mit seiner Aeusserung S. 47: »Der Verkäufer darf keinen Andern mehr zum Eigenthümer machen«, doch nicht das römische und heutige Recht gemeint haben?

tion, weil die Tradition ihre Rechtskraft als Eigenthumserwerbsgrund in sich selbst und lediglich in sich selbst trägt.

Anders das deutsche Recht. Ohne voraufgegangenen rechtsgültigen Contract (Kauf, Schenkung, Tauschgeschäft) kommt der Eigenthumserwerb überhaupt nicht zu Stande, und falls der Veräusserer contractlich schon einem Dritten sich zur Gewährung der Sache verpflichtet hatte, ist die thatsächlich zu Stande gekommene Sachübertragung nichtig, denn es entscheidet principiell die Priorität des Contracts, nicht der Besitzübertragung. Der Contract ist der Legitimationsgrund für den Besitz. Er entscheidet über die Rechtsgültigkeit der geschehenen Veräusserung, darüber, ob mit der Besitzübertragung sich die Eigenthumsübertragung verbindet.

Daraus folgt, dass die deutsche Besitzübertragung (Investitur), d. h. der Act, welcher in seinem äusseren Hergang der römischen Tradition entspricht, kein Eigenthumserwerbsgrund in unserem Sinn ist, obgleich nach und in Folge der Investitur (Auflassung) das rechtlich vollkommene Eigenthum beginnt. Denn die Investitur trägt den Grund ihrer Rechtskraft nicht in sich selbst; sie ist nur die Vollziehung eines bereits voraufgegangenen Rechtsgrundes und vermag nicht selber den Besitz zu legitimiren, sondern ist ihrerseits legitimationsbedürftig. Sie bewirkt den Erwerb des echten Eigenthums kraft des Contractes, welcher vorausging. Der Thatbestand der Investitur ist blosse Besitzübertragung, sie ist nicht der Rechtsgrund, sondern nur die Vollziehung des Eigenthums.

Andererseits bedeutet auch der Contract (Kauf u. s. w.) keinen Eigenthumserwerbsgrund in unserem Sinn. Denn obgleich der Contract über Sein und Nichtdasein des Eigenthums entscheidet und die einzige Willenserklärung, d. h. das einzige Rechtsgeschäft darstellt, auf welches die Existenz des Eigenthums zurückgeht, lässt der Contract allein dennoch

ein rechtlich vollkommenes Eigenthum noch nicht entstehen. Er begnügt sich damit, das rechtliche Fundament zu legen, auf welchem das rechtlich vollkommene Eigenthum erst späterhin sich aufbaut.

Der Contract ist ein Eigenthumserwerbsgrund nur im Sinne des deutschen Rechts. Die deutsche Rechtsanschauung findet den Eigenthumserwerbsgrund in ihrem Sinn in dem Vorgang, welcher über die Legitimität des Besitzes entscheidet. Sie datirt das Eigenthum von dem Moment, in welchem der rechtliche Grund desselben gelegt ist, obgleich die vollen rechtlichen Wirkungen sich noch nicht mit dem Eigenthum verbinden. Aus diesem Grunde gewährt es schon dem blossen Contractsverhältniss dinglichen Schutz gegen jeden dritten Besitzer: der Contract erzeugt eine Macht über die Sache, nicht blos ein Forderungsrecht gegen die Person. Daraus folgt, dass der deutsche Eigenthumserwerbsgrund, der Contract, zunächst nur Erwerbsgrund eines unvollkommenen Eigenthums ist, welches erst später durch Besitzerwerb zum vollen Eigenthum sich vollendet.

An Stelle eines Eigenthumserwerbsgeschäfts in unserem Sinn hat das deutsche Recht zwei Vorgänge: ein Legitimationsgeschäft und eine Vollziehungshandlung, ein Dualismus, welcher den Gegensatz eines zunächst unvollkommenen und eines späterhin sich vollendenden Eigenthums als seine Folge nach sich zieht. Und von den Zeiten der italienischen Juristen bis in den Beginn unseres Jahrhunderts, wo die Ideen des römischen Eigenthumserwerbsrechts entdeckt und sofort zur Alleinherrschaft geführt wurden, hat es keine andere Lehre im ganzen Gebiet der römisch-germanischen Rechtsbildung gegeben, als die, dass der Eigenthumserwerb ein Doppeltes fordere: den »titulus«, d. h. den Erwerbsgrund, und den »modus acquirendi«, d. h. die Vollziehung des titulus und mit ihm die Vollendung des Eigenthums. Erst seit der vollen Reception des römischen Privatrechts in unserem Jahrhundert

ist die Besitzübertragung (Tradition) ein Eigenthumserwerbsgrund in unserem (und im römischen) Sinn geworden, d. h. der einzige Act, welcher über den Erwerb des Eigenthums entscheidet.

Das heutige Eheschliessungsrecht kennt selbstverständlich nur eine Eheschliessung im modernen Sinn. Aus diesem Grunde ist nach Einführung der obligatorischen Civilehe der Civilact ein rechtlich in sich vollkommener und zugleich der einzige rechtlich relevante Eheschliessungsvorgang. Aber auf ethischem Gebiet kann der Civilact nicht den gleichen Anspruch erheben wie auf dem rechtlichen. Der Civilact erschöpft den ethischen Gehalt der Eheschliessung nicht, und ist deshalb die Schliessung eine ethisch noch unvollkommenen Ehe. Daraus folgt, dass der Civilact ethisch keine Eheschliessung im heutigen Sinn des Wortes darstellt. Die Ethik der Ehe ist in Widerspruch zu ihrem Recht getreten. Aus diesem Grunde hat die Auffassung des Dualismus von Civilact und kirchlicher Trauung zunächst Schwierigkeiten bereiten müssen. Herkömmlich und dem allgemeinen Bewusstsein geläufig war nur die eine Kategorie der Eheschliessung im heutigen Sinn, welche doch begrifflich einen einzigen in sich vollkommenen Act bedeutete und daher für die Auffassung eines Dualismus zweier sich ergänzender Handlungen von vorneherein versagte. Man kam zu dem Begriff einer doppelten Eheschliessung, einer rechtlich und einer nur ethisch wirksamen, einer bürgerlichen und einer »christlichen« Eheschliessung. Praktisch war damit das Richtige getroffen, insofern unter Eheschliessung eine ethische Bedingung des ehelichen Gemeinlebens verstanden ward. Aber für die begriffliche Auffassung bedarf es einer zutreffenderen Formulirung. Eheschliessung im technischen Sinn ist nur der Vorgang, welcher rechtlich die Ehe hervorbringt. Deshalb ist sowohl eine blos ethisch wirkende Eheschliessung wie eine zweifache Eheschliessung ein Widerspruch in sich

selbst. Vor Allem wird, auch wenn das Wort Eheschliessung einen untechnischen, weiteren Sinn (als Eheschliessung im ethischen Sinn) empfangen sollte, das Verhältniss beider Acte zu einander nicht ausgedrückt, da von beiden Handlungen die gleiche Eigenschaft, und zwar, genau genommen, eine Eigenschaft ausgesagt wird, welche (gerade wenn man das Wort Eheschliessung im ethischen und heutigen Sinn nimmt) keiner von beiden Handlungen zukommt, denn weder der Civilact noch die kirchliche Trauung sind heute ethisch in sich geschlossene und vollkommene Vorgänge. Das gegenseitige ethische Ergänzungsverhältniss, in welchem Civilact und kirchliche Trauung zu einander stehen, werden wir richtig aufzufassen und zugleich damit den ethischen Gehalt sowie die Form der Trauung richtig zu bestimmen erst dann im Stande sein, wenn wir erkannt haben, dass genau der gleiche Dualismus, welcher heute auf ethischem Gebiet begegnet, einst, und zwar so lange es ein deutsches Eheschliessungsrecht gegeben hat, bis zum Ausgang des vorigen Jahrhunderts auf rechtlichem Gebiet lebendig gewesen ist: ethisch ist der Civilact (gleich der alten Verlobung) der Legitimationsgrund, und die kirchliche Trauung die Vollziehung der Ehe, beide Handlungen einander fordernd und bedingend und nur in ihrer Vereinigung den ethischen Erfolg hervorbringend, welchen wir heute mit der Eheschliessung in unserem Sinn verbinden. Und als Vollziehungshandlung der Ehe wird die kirchliche Trauung noch heute ihr altes Trauformular fordern und wird sie noch heute, wenngleich nur für das ethische Gebiet, eine echte Trauung sein.

WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.


Digitized by Google